UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES
ÉCONOMIQUES

LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE NULLITÉS

THÈSE

pour le

DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 29 juin 1965

par

Géraud de LA PRADELLE

MEMBRES DU JURY

Président : M. le Professeur Henri BATIFFOL
Assesseurs : M. le Professeur GOLDMAN
M. le Professeur Y. LOUSSOUARN

DALLOZ
PARIS
1967

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546825_0065

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES
ÉCONOMIQUES

LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE NULLITÉS

THÈSE

pour le

DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 29 juin 1965

par

Géraud de LA PRADELLE

MEMBRES DU JURY

Président : M. le Professeur Henri BATIFFOL
Assesseurs : M. le Professeur GOLDMAN
M. le Professeur Y. LOUSSOUARN

DALLOZ
PARIS
1967

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

ABRÉVIATIONS

BARTIN, Principes : *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, 1930-1935.

BATIFFOL, Traité : *Droit international privé*, 4e éd. 1967.
Contrats : *Les conflits de lois en matière de contrats, Etude de droit international privé comparé*, Paris, Sirey 1938.

Bull. Civ. : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles.*

Clunet : *Journal du droit international privé*, fondé par E. CLUNET en 1874, continué à partir de 1915 sous le titre de *Journal du droit international.*

D. : *recueil Dalloz.*

Gaz. Pal. : *Gazette du Palais.*

Gaz, Trib. : *Gazette des Tribunaux.*

Mélanges KOLLEWIJN et OFFERHAUS : *Mélanges offerts à R.D. Kollewijn et J. Offerhaus.* Numéro spécial de la *Nederlands Tijdschrift voor internationaal recht*, 1962, n° 3.

Mélanges MAURY : *Mélanges offerts à Jacques Maury*, 2 vol., 1960.

Mélanges ROUBIER : *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, 2 vol., 1961.

NIBOYET, Traité : *Traité de droit international privé français*, 6 vol., 1938-1951.

Nouv. Rev. : *Nouvelle revue de droit international privé*, 1934-1949.

Répertoire : LA PRADELLE et NIBOYET, *Répertoire du droit international*, 10 vol., 1929-1931.

Revue : *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, fondée par A. DARRAS en 1905 et continuée sous les titres successifs *Revue de droit international privé* (1922-1933), *Revue critique de droit international* (1934-1946), et *Revue critique de droit international privé* (depuis 1947).

Rev. trim. dr. civ. : *Revue trimestrielle de droit civil.*

S. : *Recueil Sirey.*

PRÉFACE

Le titre de cet ouvrage peut apparaître comme singulièrement abstrait et théorique. C'est pourtant un point de départ très concret, et même humain, qui se trouve à son origine : le bénéfice du mariage putatif peut-il être réclamé par une étrangère mariée à un Français, quand la nullité du mariage a été prononcée au nom de la loi française, pour bigamie du mari, alors que la loi personnelle de la demanderesse ignore une telle mesure ?

L'opinion commune pensait avant cette espèce, devenue classique, mais depuis peu, qu'il n'y avait pas de problème de conflits de lois propre aux nullités : la loi applicable à la prescription enfreinte ne l'est-elle pas à sa sanction ? Tout au plus concédait-on qu'une concurrence de la loi procédurale pouvait apparaître dans l'action en nullité. M. Géraud de La Pradelle a perçu que la simplicité de la formule ne suffisait pas à rendre compte des complexités qu'enveloppe la notion de nullité. Et. pour exploiter cette intuition, il a repris l'étude de la notion. Entreprise courageuse devant la généralité de son objet, et le nombre comme la réputation de ceux qui s'y étaient précédemment attaqués.

Il est permis de parler de succès. Si à ce niveau la spéculation, même appuyée comme elle l'est ici sur une observation méthodique et précise des données positives, peut difficilement prétendre clore toute discussion, il y a succès quand l'auteur apporte sur un point donné, et d'importance, un éclaircissement non aperçu avant lui. Et tel est bien le cas dans ce livre.

Guidé par son sens de la généralité des problèmes, M. de La Pradelle a replacé la nullité dans la notion, antérieure, de sanction. Il en a tiré une lumière nouvelle pour combattre la conception d'une pure constatation d'inexistence juridique, et reprendre la formule, partout citée, de Japiot selon laquelle la nullité est un « droit de critique » à l'encontre d'actes et d'agissements bien réels, Mais si la formule est répétée depuis cinquante ans, combien savent ce qu'elle signifie positivement, et la valeur de ses résultats possibles ? Ceux qui liront le présent livre verront expliciter ce que Japiot lui même n'avait fait qu'entrevoir. Et par là M. de La Pradelle aura rendu un service précieux et méritoire.

Le bénéfice immédiat de sa recherche concerne la solution des conflits de lois. Ce ne sera pas la première fois que le besoin d'une solution en ce domaine aura conduit à approfondir une question de droit civil, et même de théorie générale du droit, si on inclut sous cette dernière

rubrique la notion de sanction et même celle de nullité. La tradition illustre qui affirme les liens du droit international privé et du droit interne est brillamment reprise ici, et appliquée à un degré de généralité qui paraît bien nouveau, ajoutant à ses « états de services », à l'encontre de dénégations injustifiées et peu réalistes.

M. de La Pradelle n'est cependant pas adepte d'une méthode qui serait exclusivement déductive, et ignorante des contingences ; son point de départ suffirait à le prouver, la suite le confirme : il a approfondi la notion de nullité pour montrer l'insuffisance d'un concept dont on prétendait tout déduire. Il ne verse pas pour autant dans l'agnosticisme car il maintient au départ la compétence de la loi enfreinte pour dire s'il y a nullité, et même, dans l'affirmative, quels seront les titulaires de l'action, si celle-ci sera éteinte par confirmation de l'acte ou par prescription. Mais il estime réaliste d'introduire la loi applicable aux effets de l'acte supposé valable en ce qui concerne les conséquences de la nullité ; il s'agit notamment des restitutions éventuellement dues, et aussi du mariage putatif.

On lira avec un intérêt qui ne se dément pas l'explication et la justification de ces positions. L'auteur sait utiliser l'histoire ; il analyse avec pénétration, démêlant les mobiles non exprimés des thèses adverses ; il sait tirer parti des arrêts tout en conservant son sens de l'objectivité et du réalisme. Il a abordé avec la même aisance des problèmes de théorie générale aux confins de la philosophie, prenant parti, après mûre réflexion, au milieu de travaux difficiles, sur le bon usage des concepts et des déductions en présence des intérêts humains en cause. Le style est sobre et dru, forme adaptée d'une pensée vigoureuse, très au fait des problèmes positifs étudiés, en même temps que de leurs implications. Le nom que porte l'auteur a déjà été illustré ; cet ouvrage témoigne d'un tempérament intellectuel qui permet de penser qu'il le sera de nouveau.

Henri BATIFFOL.

INTRODUCTION

1. — On peut douter que le Droit soit une science. Mais s'il est vrai suivant le mot de Condillac, qu'une science soit une langue bien faite, la « science » juridique devrait souffrir et s'honorer à la fois d'être vulgaire (1). Faite pour le service des besoins les plus immédiats et les plus quotidiens, pauvre en mots qui lui soient propres, elle doit parler un langage ordinaire, car le justiciable craint les formules dont le sens lui échappe ; il y voit le commencement d'une injustice, comme un refus du Droit. N'est-ce pas en révélant la clef des grimoires pontificaux que l'obscur collaborateur d'Appius Claudius a fondé la jurisprudence ? Cependant le juriste est obligé d'user d'une langue précise et spécifique, adaptée à sa fonction, c'est-à-dire propre au Droit.

Il faut donc déplorer à la fois l'hermétisme d'un jargon figé par la routine et son imprécision. Langue courante il y a trois siècles, il est reçu avec stupeur par le contemporain non initié ; devenu patois d'un peuple de spécialistes, il reste imparfaitement adapté à son objet. Il est peu de domaines où son vieillissement soit plus sensible et plus lourd de conséquences fâcheuses que celui des sanctions en général et des nullités en particulier. Ici plus qu'ailleurs l'imprécision des termes entraîne la confusion des idées. C'est qu'en effet l'usage de mots non spécifiques, chargés de significations extérieures au Droit, a corrompu les notions juridiques (2).

2. — Ainsi, le terme de nullité, couramment employé dans le langage ordinaire, évoque l'idée de néant (3) et de passivité. Celui de rescision, d'origine proprement juridique, suggère la réaction (4) positive du système juridique, l'acte d'un magistrat qui tranche

(1) Sur le caractère scientifique du droit, voir la synthèse de M. le Doyen Carbonnier, *Droit civil*, tome I, n° 7, p. 24 et s. ; sur l'alternative langue populaire-langue technique, voir *id.*, p. 26.

(2) Rappr. la formule de M. Francescakis suivant laquelle « si le droit est « question de mots, il est aussi question d'action des mots... » « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Maury*, I, p. 113, n° 2.

(3) Voir Littré, *Dictionnaire de la langue française* : « Nul... qui est sans valeur « sans effet, qui se réduit à rien, en parlant des choses... ». Rappr. Piédelièvre *Des effets produits par les actes nuls*, Thèse Paris, 1911, p. 273 : « Le terme de « nullité éveille d'abord dans l'esprit d'idée d'un vice originaire et nous fait « immédiatement songer à un acte juridique qui ne produit pas d'effet ».

(4) *Idem. Verbo* « Rescinder », « Rescision »...

et qui réforme. L'un et l'autre désignent pourtant dans la langue juridique un phénomène identique dont il existait deux variantes dans notre ancien droit (5). Les hasards de l'évolution historique ont voulu que la rescision, liée à des formes politiques disparues, s'effaçât devant la nullité (6). Au lendemain du Code civil les deux mots sont synonymes et la loi les emploie concurremment (7) : aucune différence de fond ne sépare les règles qu'ils recouvrent mais un vague souvenir de l'ancien droit (8). Pourtant, c'est le terme de nullité qui désigne depuis lors l'ensemble du problème.

Or l'idée de néant, venue du sens vulgaire, imprègne désormais la signification scientifique. Elle s'accompagne d'une déformation profonde des conceptions juridiques, et c'est ainsi que la doctrine du siècle passé a conçu la notion d'inexistence qu'elle a rapprochée de la nullité au point de les confondre dans les cas extrêmes. Les constructions juridiques s'enchaînant, elle a du bâtir la notion d'acte sur le modèle d'un organisme zoomorphe qui naît et se développe, connaît la maladie et la mort. Dans cette perspective, la nullité est l'état de l'acte mort-né, non viable, ou frappé *ab initio* d'une maladie éventuellement mortelle...

Le droit positif porte la trace de ces divagations malgré la critique vigoureusement menée depuis le début du XX^e siècle (9) : la théorie de l'inexistence paraît unaniment rejetée (10 ; son fantôme cependant continue de hanter nos nullités (11).

(5) Cf. *infra*, n^os 45 et s.

(6) *Idem.* n° 48.

(7) Voir articles 1304 du Code civil par exemple.

(8) Ainsi, dans le Code civil, le terme de « rescision » désigne-t-il la nullité pour cause de lésion. Voir article 1304.

(9) Voir les thèses : DROGOUL, *Essai d'une théorie générale des nullités*, Aix, 1902 LOYER, *Les actes inexistants*, Rennes, 1908. — Et surtout JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Dijon, 1909 ; PIÉDELIÈVRE, *Des effets produits par les actes nuls*, Paris, 1911. — ainsi que la *Théorie générale des obligations de* E. GAUDEMET, publiée par H. Desbois, et J. Gaudemet, 1937. Cf. aussi LUDZESCO. *Essai sur les nullités d'actes juridiques à caractère patrimonial*, Paris, 1938.

(10) Voir les traités les plus récents : PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, Paris, 1957. II, n° 703, p. 259 ; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, 2^e éd., I, 18^e leçon, en particulier n° 356 ; MARTY et RAYNAUD *Droit Civil*, I, n° 159 et s. ; COLIN, CAPITANT, *Cours Elémentaire de Droit Civil* par L. JULIOT DE LA MORANDIÈRE, II, Chap. III, en particulier n° 287. — Voir également dans les *Travaux de l'Association Henri Capitant* (1965) les deux rapports de M. J. CHEVALIER et DURRY, Rappr. Thèses : FARJAT, *L'ordre public économique*, Dijon, 1963, en particulier n° 384 ; MALINVAUD, *La responsabilité des incapables et de la femme dotale*, Paris, 1965.

(11) Les mêmes auteurs, après l'avoir critiquée, utilisent les cadres de la doctrine classique pour exposer le problème des nullités... Voir en particulier PLANIOL RIPERT et BOULANGER, II, n^os 713 et s. ; H. L. et J. MAZEAUD, II, 14^e et 15^e leçons. — Parlant de la doctrine de Gaudemet et de Japiot, apposée à la thèse classique, M. le Professeur Chevallier a pu dire : « A lire les traités où se condensent la pensée ou du moins la pédagogie juridique contemporaine, on a l'impression que cette doctrine s'est évanouie comme un nuage passe sans laisser de trace. Partout s'affirme la classification bipartite des nullités où nullités absolues

3. — Mais la gêne qui peut en résulter dans les rapports internes est décuplée dans les rapports internationaux : le procédé du conflit des lois, largement utilisé pour réglementer ces rapports, amplifie les difficultés qui naissent d'une théorie incertaine.

D'ailleurs, les nullités qui paraissent « odieuses » (12) en droit interne, le sont ici d'autant plus que la situation des justiciables cosmopolites est le plus souvent très complexe. Sans doute les intérêts en cause sont-ils généralement plus importants qu'en droit interne (13). Mais surtout, l'ensemble des relations juridiques de cette sorte baigne dans l'incertitude : souvent on ne connaît pas la loi applicable aux actes juridiques internationaux avant d'avoir obtenu jugement (14). Cette loi, lorsqu'elle est étrangère, s'avère un matériau mystérieux et fuyant ; le mélange de dispositions empruntées à divers systèmes engendre parfois des réactions imprévisibles ; enfin, la tendance des parties, comme parfois des juges, est d'utiliser le droit de conflit à telle ou telle fin particulière considérée comme fructueuse, ou simplement comme équitable ; elle corrompt le système de conflit, contribue à le transformer en un droit matériel, élaboré par le for pour régir directement les rapports internationaux (15). Il se trouve que les problèmes de nullité viennent souvent multiplier les difficultés propres du droit international privé.

4. — Il n'est donc pas inutile de dénoncer les déviations du droit des nullités qui sont dues à l'influence persistante des concepts de néant (ou d'inexistence) et d'acte organisme venus en grande partie de la langue vulgaire. Nous verrons à cet égard comment l'idée d'inexistence conduit à faire de la nullité tout entière, ou de certaines de ses manifestations, le produit d'une intervention directe du néant ; elle devient ainsi absolument hétérogène aux autres sanctions. Cependant rien ne paraît justifier ce particularisme ; au contraire, une conception qui nous paraît contredire la notion même de Droit, présente évidemment de multiples inconvénients.

Mais pour que le caractère monstrueux imprimé par l'idée d'inexistence apparaisse pleinement, il faut, avant même de rappeler les grandes lignes de la théorie classique, énoncer le grand principe à

et nullités relatives s'opposent par leurs trois caractères toujours liés, quant aux personnes qui peuvent s'en prévaloir, la possibilité d'une confirmation et la durée de la prescription. » *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1965, p. 514.

(12) Le mot est de Solon, *Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre en matière civile*, Paris, 1835.

(13) Ce qui n'exclut pas les « humbles » du droit international, suivant la formule de Madame Simon-Depitre, *Droit international privé*, p. 11.

(14) En particulier en matière de contrats.

(15) Sur la distinction de ces deux procédés généraux de solution des problèmes du droit international privé — « conflits de lois » et législation « substantielle » ou « matérielle » — Voir Batiffol, Droit international privé, 4e édition 1967 n° 3 et s. ; Francescakis, *La théorie du renvoi*, n° 4 et s.

quoi cette théorie nous paraît déroger : l'homogénéité, l'unité fondamentale de la sanction (section I).

D'autre part, une fois exposées ces bases d'une construction adaptée aux réalités juridiques, il reste à réfléchir sur l'étonnante longévité d'idées qui paraissent prolonger indéfiniment la portée de théories défuntes (section II) ainsi que sur les inconvénients qui peuvent en résulter.

SECTION I

L'UNITÉ FONDAMENTALE DE LA SANCTION

5. — La théorie classique, fondée sur l'idée que l'acte est un organisme qui reçoit ou non l'existence selon qu'il est valable ou nul, tranche sur les autres conceptions juridiques par un recours exagéré à la logique formelle : si l'on va au fond de l'idée qui l'inspire, on trouve que la nullité classique n'est pas prononcée par la loi, mais s'impose directement par la force des choses (16). Il n'existe rien qui lui soit comparable dans le Droit...

Au contraire, les auteurs qui ont judicieusement critiqué cette théorie — et Japiot le premier — se sont ralliés à l'idée d'un droit subjectif de critique conféré par la loi en réaction contre la violation dont elle est l'objet. Or, ce concept, bien loin de paraître monstrueux, vient s'insérer tout naturellement dans un ensemble beaucoup plus vaste que la théorie des nullités : la théorie de la sanction.

Il se trouve en effet que les diverses manifestations de la sanction nullités, peines, etc... présentent une remarquable identité de structures malgré les différences qui les séparent (§ 1).

Il s'ensuit qu'un acte ne change pas de nature profonde suivant qu'il est valable ou nul ; c'est que les diverses manifestations de la sanction ne bouleversent pas les catégories dont relèvent les actes ou les faits qu'elles atteignent (§ 2).

§ 1. — Les diverses manifestations de la sanction ont une structure identique.

6. — Afin de définir la sanction on ne saurait mieux faire que de citer Littré : « ... C'est ... la peine ou la récompense qu'une loi « porte, décerne, pour assurer son exécution » (17). La formule met en relief le caractère qui nous paraît devoir distinguer les systèmes proprement juridiques des autres systèmes normatifs : qu'on l'ait transgressé ou qu'on l'ait respecté, le Droit se sanctionne

(16) Voir *infra*, n° 48 et II[e] partie, Chapitre III.
(17) *Op. cit.*, V° « Sanction ».

lui-même. Ce caractère paraît devoir justifier l'identité fondamentale de tous les aspects de la sanction juridique : tel est le principe que nous entendons formuler pour l'opposer aux conceptions classiques qui supposent l'hétérogénéité de la nullité, état de l'acte.

La science moderne conçoit en effet l'ordre juridique positif comme un système de règles ordonnées de façon cohérente (18).

La notion de « sanction » traduit cette nature systématique en mettant en relief l'enchaînement des règles constitutives de l'ordre juridique : un réseau de règles qui se conditionnent mutuellement et recouvrent ainsi l'activité sociale (19). A première vue, il n'y a là rien qui soit particulier au Droit : les autres systèmes normatifs sont également cohérents et leurs règles se lient les unes aux autres en des enchaînements comparables à ceux des règles de droit.

7. — Pourtant la sanction juridique est la seule à posséder nécessairement deux faces : elle « punit » ou « récompense » indique Littré.

Ici réside la différence qui nous paraît fondamentale. En effet le caractère systématique du Droit ne se manifeste pas seulement dans l'enchaînement des règles substantielles régissant les faits conformes à la loi, mais encore dans l enchaînement comparable des règles qui se saisissent des faits contraires au Droit.

A côté de la sanction « substantielle » qui attache des conséquences de droit aux faits légaux, on relève l'existence d'une sanction de « réaction » qui attache des conséquences particulières aux faits illégaux : pénalités, déchéances, nullités d'actes, indemnités,

(18) « ... L'ordre juridique ne peut... se définir que comme un ensemble de normes de conduite sociale, comme un corps de règles, lesquelles, en raison de leur nature doivent être appelées les règles de Droit ». MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, p. 9.

(19) On a pu objecter à la spécification du droit par la structure particulière de la sanction juridique que si le droit se sanctionne lui-même règle par règle il y a nécessairement une règle sanction ultime qui n'est pas sanctionnée : elle n'est donc pas juridique, ni par conséquent les règles qu'elle sanctionne et le postulat énoncé dans le texte est détruit... (Cf. J. HAESAERT, *Théorie générale du Droit*, Bruxelles, 1948, p. 90 et s.).

L'objection ne nous paraît pas fondée, dans la mesure où l'existence de cette norme ultime n'est pas démontrée. Plus exactement, l'objection porte sans doute contre les systèmes Kelseniens, où d'ailleurs la norme ultime est « supposée » sous le nom de norme fondamentale. Mais il s'agit alors d'une construction de l'esprit et non pas de réalité juridique. La réalité juridique, ce sont les règles applicables à chaque espèce concrète et à propos de chacune d'elles le caractère systématique du droit se vérifie comme un fait d'expérience : il n'y a pas de norme isolée.

D'autre part, le système Kelsenien est amené à supposer l'existence d'une norme fondamentale et par là prête le flanc à cette critique, parce qu'il est exclusivement situé dans une perspective, « dynamique » de création de règles. Celles-ci sont systématisées par l'activité normatrice qui les fait naître. Nous sommes placés ici sur un tout autre plan, celui de l'observation d'un ordre juridique constitué où les règles sont systématisées par leur contenu. — Voir BATIFFOL, *Aspects philosophiques du Droit International Privé*, n° 21, p. 47.

etc... (Le terme de sanction, lui, est souvent réservé par un usage pratique et critiquable, parce que non rigoureux (20).

Or ces deux aspects de la sanction sont non seulement inséparables (B) — le Droit sans réaction est inconcevable — mais encore identiques par leur structure (A).

A. — *L'identité des structures.*

8. — En effet, tout comme la sanction substantielle, la réaction est le fait de règles dont la définition recouvre les situations contraires au Droit. Elle ne saurait tomber du ciel et s'imposer par la seule force de la raison comme le suppose la théorie classique des nullités. La coïncidence du fait illégal et de la définition assimile ce fait à n'importe quel autre « élément générateur » des règles juridiques : la règle de réaction agit alors comme n'importe quelle règle, et c'est dans le contenu de son dispositif que réside l'essence particulière de la réaction (21).

Il s'agit d'empêcher l'incohérence dans l'organisation sociale, de réduire ce corps étranger qu'est la situation non conforme au Droit. Il faut, en agissant sur elle, la réintégrer dans la logique d'un système qui ne peut tolérer de contradiction.

Ainsi, la structure de la sanction réaction paraît *a priori* identique à celle de la sanction substantielle : un mécanisme intellectuel complexe, un « long raisonnement », relie une situation de fait à la sanction juridique pour déboucher éventuellement sur la contrainte.

Lorsqu'il s'agit de réaction, le mécanisme n'a de spécifique que le point de départ : une situation irrégulière parce que contraire à une règle de droit (22).

(20) Ainsi, la soustraction frauduleuse du bien d'autrui déclenche les peines du vol et ouvre au propriétaire l'action en revendication, assortie éventuellement d'une indemnité ; ou bien la violation du devoir de fidélité de l'article 212 du Code civil ouvre à l'époux trompé l'action en divorce des articles 229 et 230 et déclenche éventuellement les peines de l'adultère.

(21) La règle normative est l'instrument de base du Droit : une proposition à l'impératif qui rapporte un dispositif à la définition d'un fait. Ainsi par exemple X a fait telle chose (définition), donc Y doit faire maintenant telle autre chose dispositif).

La coïncidence du fait matériel (ou élément générateur selon M. Motulsky, cf. *Principes d'une réalisation méthodique du Droit Privé*) et de la définition, déclenche le processus d'interprétation : la règle s'applique au fait.

Les règles s'enchaînent pour former le système juridique à la fois par leur définition et par leur dispositif, c'est-à-dire de toutes façons et contrairement aux théories Kelseniennes, par leur contenu, non par leur origine.

Elles s'enchaînent par leur définition parce que la plupart des faits procèdent de l'exécution d'une règle substantielle précédemment appliquée ou, dans le cas de réaction, manifestent sa violation.

Elles s'enchaînent ensuite par leurs dispositifs, dans la mesure où ceux-ci sont conçus pour réaliser un ordre cohérent des comportements humains.

(22) On notera d'ailleurs que cela ne peut se déterminer de façon abstraite : il faut examiner chaque situation particulière pour pouvoir la définir comme telle et voir ainsi dans la sanction une réaction ici, là l'exécution d'une obli-

Cette neutralité du raisonnement de base est bien dans la ligne de la définition de Littré. Elle manifeste l'unité de ce phénomène juridique fondamental qu'est la sanction : qu'il soit respecté ou qu'on le transgresse, le Droit se sanctionne lui-même par un enchaînement identique des règles qui le composent.

B. — *La nécessité de la réaction.*

9. — En effet, loin d'être extra-judirique, comme la théorie de l'inexistence le donne à croire en matière de nullité, la réaction est juridique par excellence : elle procède d'une exigence propre au Droit et qui touche à son essence même. C'est qu'il s'agit de réparer le trouble causé à l'édifice social dont le droit est le ciment, et cette réparation est indispensable pour que le système juridique remplisse sa fonction.

Le Droit n'est pas une fin en soi, mais relève de l'ordre des moyens. C'est un instrument intellectuel nécessaire à l'organisation de la société et il s'agit de traduire dans les faits, c'est-à-dire dans les comportements, l'ordre qui est inscrit dans ses principes. Cette traduction sera incomplète si le Droit ne peut se saisir des faits qui l'intéressent mais le contredisent, pour les réintégrer dans l'ordre qu'il détermine (23).

Or le Droit qui n'est pas réellement appliqué cesse d'être « positif » et, par là, d'être tout court (24).

C'est ici que la réaction s'impose : elle transforme l'acte contraire au Droit ; elle l'assimile. Elle en fait, au lieu d'une négation du Droit, une simple irrégularité, c'est-à-dire un objet du Droit — un fait juridique dont le Droit définit minutieusement les conséquences jusques et y compris l'utilisation de la force. Grâce à elle, des situations qui concernent le Droit n'échappent pas à son emprise dès qu'elles lui sont contraires (25).

gation substantielle. C'est dire qu'il faut considérer le contenu des règles mises en cause pour distinguer par exemple le rapport des dons pour atteinte à la réserve de celui qui s'effectue ensuite d'un avancement d'hoirie, ou les obligations du père naturel vis-à-vis de la mère, de celles qu'il a vis-à-vis de l'enfant, ou enfin la résolution d'un contrat pour inexécution, de la résiliation intervenue d'accord.

(23) Rappr. Motulsky, *op. cit.*, n° 23.

(24) C'est une question encore controversée que de savoir si la loi peut être abrogée par désuétude — c'est-à-dire par une coutume contraire — mais l'affirmation portée dans le texte nous paraît indépendante des réponses fournies à cette question, qui relève davantage de la technique législative que de la théorie générale du Droit.

(25) Si impérieuse est cette nécessité qui empêche le Droit de négliger un aspect quelconque des réalités qui le concernent que la « transformation » est parfois opérée même lorsque la violation est sans remède. Le Droit prend alors son parti de consacrer ce qu'il n'a pu empêcher ou détruire : plutôt que de laisser un rapport en « marge », il lui donnera un statut légal. Ainsi l'enfant adultérin, par exemple, dont la filiation ne peut être proclamée et dont la preuve résulte cependant de certaines circonstances exceptionnelles. Il y a dans ces hypothèses un statut de l'enfant adultérin qui, en principe, n'existe pas comme tel...

10. — Ce phénomène caractérise le Droit en profondeur face aux autres systèmes normatifs, parce qu'il est la conséquence d'une vocation nécessaire qui le porte à se saisir de tout ce qui concerne son objet. Les autres ensembles de normes peuvent être aussi systématiques, mais si le péché met hors de l'Eglise, le crime met hors la loi de toute autre façon !

Dans la mesure même où ils disposent des conduites sociales, les systèmes moraux doivent se résoudre à constater qu'en les transgressant on s'est mis à la porte — quitte à brandir des foudres spirituelles, c est-à-dire sur un plan plus élevé que celui de la vie sociale... (26). Seul est juridique le système qui enserre aussi bien sur le plan social la conduite conforme que celle qui le viole (27).

11. — On comprend que la réaction développe à tous les étages de l'édifice légal une infinité de manifestations qui concernent l'ensemble des problèmes que le Droit doit résoudre, comme l'ombre portée des solutions substantielles. Car s'il existe des règles non obligatoires, il n'est pas d'institution où ne jouent des règles de réaction.

Des pans entiers de la science juridique, le droit judiciaire par exemple, ont pour objet exclusif la sanction finale des règles étudiées par les autres branches du droit privé.

Mais la réaction ne règne pas seulement sur ces domaines d'élection que sont le droit criminel et le droit judiciaire. Elle pénètre intimement toutes les branches du Droit sous une multitude d'aspects qui sont infiniment variés dans leur nature et gradués dans leurs effets. C'est que la sanction doit épouser étroitement les contours des relations sociales qu'il lui faut recouvrir et que, s'agissant par définition de violations, ces relations sont par principe infiniment variées et même monstrueuses : s'il n'y a qu'une seule façon de se conformer à la loi, les manières de la violer sont infinies.

(26) Dans le domaine moral et religieux, la réaction à un comportement irrégulier n'est pas, en principe, traduite sur le plan social. Elle reste hétérogène ; ou, plus exactement, sa traduction sur le plan social n'est pas une exigence fondamentale.

(27) Telle est, nous semble-t-il, la portée véritable de la formule classique qui donne les règles de Droit comme seules contraignantes.

En effet, il ne peut s'agir de la façon plus ou moins péremptoire dont elles sont rédigées : les règles morales ou religieuses l'emportent facilement sur ce plan ; et d'autre part, elles sont toutes, et par principe, impératives. La règle de Droit l'est seulement dans la plupart des cas et, même alors, ce n'est pas toujours avec évidence... Il ne s'agit pas non plus du recours à la force *ultima ratio legis*... : c'est aller chercher un argument trop fort pour caractériser le Droit : la contrainte n'est que la conséquence d'un autre caractère.

Il suffit de relever, à notre avis, que ce qui est particulier à la règle de Droit, c'est d'être sanctionnée sur le terrain même où elle dispose. Si les règles de la morale imposent un comportement social, la sanction de leur violation n'est pas sociale à proprement parler mais relève d'un autre monde, celui de la divinité ou du for intérieur. Au contraire, la règle de Droit qui prescrit un comportement obligatoire est sanctionnée, lorsqu'on la méconnaît, par une règle de Droit prescrivant un comportement comparable.

12. — Mais cette multiplicité d'aspects ne peut nous empêcher d'énoncer, à titre de principe fondamental, que la règle de réaction agit comme n'importe quelle règle substantielle, par un enchaînement comparable, manifestant ainsi au même titre le caractère systématique du Droit ; la réaction n'est rien d'autre que le Droit appliqué aux faits contraires du Droit. Il s'ensuit que la réaction s'inscrit naturellement dans les mêmes cadres que la sanction substantielle.

§ 2. — La sanction substantielle et la réaction s'inscrivent dans les mêmes cadres.

13. — Chacune des manifestations de la réaction présente une relative originalité : il y a loin des dommages et intérêts à l'inopposabilité...

Cependant, en matière de droit privé, les constructions qui en déssinent les formes sont toutes compatibles avec la structure commune aux deux faces de la sanction. Tel est le principe (A) ; il semble connaître deux exceptions (B) : d'abord il faut faire une place à part à la réaction pénale qui relève par nature du droit public ; quant à l'exception apparente que constitue la théorie classique des nullités, elle est absolument unique en droit privé...

A. — *Le principe.*

14. — Les différences qui séparent les manifestations de la réaction de celles de la sanction substantielle tiennent surtout à l'exubérance des faits illégaux ; elles sont ainsi assez superficielles pour que les théories qui en rendent compte soient naturellement intégrées aux mêmes cadres, aux mêmes catégories que celles du droit substantiel.

En effet, les règles de réaction dessinent un certain nombre de figures (28) que la théorie utilise.

On détachera d'abord la « sanction pénale » qui, comme son nom l'indique, se borne à infliger une peine : amende, prison, mutilation. C'est l'objet du droit criminel. Mais elle apparaît aussi en droit civil sous l'aspect de la peine privée (29).

On peut distinguer ensuite une sanction « radicale » qui supprime purement et simplement la violation en anéantissant le fait qui l'a engendrée, et il semble que ce soit la réaction par excellence (30).

(28) Voir ROUBIER, *Théorie générale du droit*, p. 35 et s.

(29) Ainsi d'après l'article 792 du Code civil français, le cohéritier qui a diverti ou recelé des effets d'une succession est d'abord déchu de la faculté de renoncer, comme d'accepter sous bénéfice d'inventaire, et ensuite il perd tout droit dans les effets divertis ou recelés.

(30) Le tribunal peut ordonner la confiscation et la destruction des monnaies contrefaites ; le tiers détenteur sans titre du bien d'autrui doit le rendre avec

Enfin, on devra mettre à part les hypothèses beaucoup plus nombreuses où la réparation n'est pas une remise en l'état pure et simple. La réorganisation est subtile, laborieuse, parfois extrêmement complexe (31). Dans certains domaines, elle est simplement partielle : la violation laisse dans le tissu social une cicatrice profonde (32). Il se peut enfin que la réorganisation soit pratiquement nulle : le Droit prend son parti de la violation et, en particulier après l'écoulement des délais de prescription, valide la situation illégale (33).

15. — Mais cette typologie recouvre des approximations relativement grossières. Il n'est pas possible d'isoler par leur fondement des types de réaction qui correspondent purement et simplement à une seule de ces formules : ces notions se recouvrent.

Les peines qui frappent le receleur sont en même temps une forme de réparation à l'égard des héritiers comme des créanciers du défunt. La suppression radicale imposée par l'article 555 du Code civil, frappant exclusivement le tiers de mauvaise foi est en même temps une peine — ainsi que l'obligation de réparation qui pèse sur le débiteur dans un système de responsabilité civile qui reste à base de faute.

D'ailleurs, l'anéantissement radical du fait illégal n'est-il pas dans la majorité des cas la réorganisation parfaite, la meilleure réparation du trouble ? que la dernière figure, la réparation approximative, ne soit la plupart du temps que la meilleure réparation « possible » tend à le démontrer. La démolition imposée par l'article 555, § 1 comme la revendication du propriétaire ne sont-elles pas à l'évidence des réparations ?

Enfin, à l'analyse, la spécificité des peines criminelles s'estompe à son tour ; d'un point de vue historique, ne doit-on pas concevoir la peine comme un premier aspect de la réparation, substitut archaïque de la vengeance (34), et peut-être, forme primitive du sentiment d'équilibre qui est la base de la Justice et du Droit (35) ?

les fruits au propriétaire revendiquant ; celui qui a construit sur le terrain d'autrui peut être tenu de démolir en vertu de l'article 555 du Code civil ; le débiteur de l'obligation née d'un contrat dont l'objet est illicite opposera l'exception de nullité.

(31) En matière de responsabilité civile, le plus souvent la réparation n'est que l'équivalent du préjudice subi.

(32) Ainsi de l'enfant désavoué à qui sa filiation, établie comme par accident, ouvre un statut boiteux.

(33) Voir *infra*, n° 121 et s.

(34) Cette considération n'est pas absente du droit pénal moderne qui doit toujours désamorcer l'esprit de vengeance : l'attitude des parties civiles dans les procès criminels montre la réalité de cette fonction... Elle correspond à une compréhension approximative de la violation : on frappe l'agent à défaut de l'acte. Dans le droit pénal actuel, à côté d'un aspect préventif, exemplaire, il reste cette notion que l'agent est l'essentiel de ce que le Droit peut atteindre et par conséquent la peine qui le frappe, un équivalent, la meilleure réparation possible.

(35) Voir G. Lepointe et R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, 1954, p. 17 et 5. Les cas d'origine de l'état d'obligé. Ce même besoin d'équilibre donne finalement naissance à la notion d'obligation délictuelle...

16. — La science juridique utilise ces approximations pour dresser les théories que justifient des considérations limitées mais utiles. C'est que pour appliquer le Droit, il faut inévitablement scinder les phénomènes en catégories (36).

La science du Droit a donc des catégories modelées en fonction de nécessités essentiellement pratiques. Elle distinguera ainsi les peines des dommages-intérêts, des déchéances, des nullités des inopposabilités ; de même qu'elle distingue dans le domaine du droit substantiel la preuve par témoins de la preuve par écrit et l'écrit sous seing privé de l'écrit authentique, ou l'obligation personnelle du droit réel... Il s'agit dans l'un et l'autre cas de figures approximatives dont seule l'utilisation concrète à propos de tel ou tel acte, de telle ou telle relation, fixe le régime définitif — mais dont on brosse à grands traits, sous forme de « théorie », une image-type, un concept : une définition, des conséquences qui sont ou non vérifiées par la suite, lors des applications concrètes. Il y a ainsi une théorie des peines privées, comme de l'acte sous seing privé, une théorie du droit personnel, une théorie des nullités, etc...

17. — Or on voit mal comment ces théories pourraient ne pas s'apparenter avec celles du droit substantiel — et, par conséquent, entre elles — En effet, l'inspiration et le but de toutes les règles de sanction sont identiques : la fonction de la réaction est de restaurer l'ordre que le Droit substantiel impose. Dans ces conditions, la seule véritable différence n'est pas juridique à proprement parler, mais réside dans le foisonnement des faits illégaux auxquels s'applique la réaction.

En cette matière, en effet, la loi doit tendre un tissu particulièrement riche. La moindre irrégularité provoque l'intervention d'une multitude de règles qui se combinent harmonieusement, mais encore composent avec les faits : bonne foi — écoulement du temps — réparation, etc... Chacune contribue à réaliser un aménagement d'une délicate complexité recouvrant tous les aspects de la situation : le droit de réaction, pour enserrer les faits, doit en épouser les contours Or ces contours sont aberrants par définition et entraînent une complication particulière des mécanismes de la réaction.

Ainsi, la soustraction frauduleuse du bien d'autrui déclenche le mécanisme extrêmement complexe qui va jouer sur le plan du droit pénal et de la procédure criminelle pour que, de la plainte initiale à l'exécution de la peine, le Droit parvienne à ses fins. La réaction complète développe en droit privé une complexité comparable : revendication du volé, réclamation des dommages-intérêts, voies d'exécution, etc... (37).

(36) Voir Motulsky, *op. cit.*, p. 24.

(37) Dans son imperfection, l'article 555 du Code civil fournit sur le plan du droit privé un bon exemple de la richesse des problèmes résolus par le Droit dans son effort pour dominer les situations aberrantes. L'hypothèse de départ

Il n'y a dans tout cela qu'une originalité relative... L'exubérance particulière qu'un facteur accidentel et non essentiel. On ne voit pas qu'il y ait là de quoi fonder des constructions foncièrement différentes de celles du droit substantiel.

18. — Au contraire, ces théories prennent place dans les cadres fondamentaux du droit substantiel et la sanction de réaction se révèle ainsi l'envers exact de la sanction substantielle, sa contrepartie. Les constructions qui concernent en propre la réaction constituent le pendant de celles du droit substantiel. Elles s'intègrent aux mêmes cadres, aux mêmes catégories.

C'est ainsi qu'en droit privé, la définition de tout droit subjectif, de tout pouvoir, de toute fonction implique nécessairement, en même temps que les prérogatives substantielles de son titulaire, le moyen de les imposer à l'encontre des contradicteurs. Ainsi, les conséquences des divers empiètements ou violations du droit de propriété sont dans un rapport si étroit avec les principes substantiels de ce droit qu'ils sont étudiés à propos du régime des biens.

De même, la responsabilité contractuelle apparaît comme l'un des chapitres du droit des contrats, celui qui décrit les effets des

est une construction édifiée sur le terrain d'autrui donc en méconnaissance du droit de propriété. La réaction la plus appropriée a paru de prime abord la remise en l'état ; que le tiers démolisse à ses frais. C'est la première solution donnée par le Code. Mais cette réaction brutale doit s'adapter aux circonstances.

D'abord la suppression risque d'être insuffisante : la construction a pu causer un préjudice au propriétaire en l'empêchant d'utiliser son terrain ou en détériorant des plantations ; la remise en l'état suppose alors, en plus de la démolition, une réparation en valeur.

Ensuite, le Droit tient compte de ce qu'il peut être contraire au bien public de démolir une construction neuve. Il offre donc au propriétaire la possibilité d'imposer au tiers une véritable expropriation. Mais dans ce cas il faut indemniser ce tiers et le texte (loi du 17 mai 1960) donne ici encore une option qui est un avantage pour le propriétaire par rapport à la remise en état pure et simple : il pourra imposer au tiers, au besoin sous la menace de faire démolir à sa charge, soit le remboursement de ses frais de construction, soit le paiement de la plus-value donnée au fonds. Il versera, bien sûr, la plus faible des deux sommes (l'inévitable dépréciation de la monnaie accentue d'ailleurs la différence entre les deux termes de l'alternative dans des proportions que le hasard détermine seul à propos de chaque espèce).

Enfin, il reste à considérer la bonne foi éventuelle du tiers. On estima, en 1804, sous la pression du Tribunal qui fit rajouter un paragraphe, que dans cette dernière hypothèse, lui imposer de démolir à ses frais est une sanction trop rigoureuse dont on révèle d'ailleurs ainsi l'aspect « répressif » dans les autres cas. Le propriétaire perd donc la liberté qui lui était reconnue lorsque le tiers n'est pas de bonne foi : il doit conserver la construction et en indemniser l'auteur. (Mais, par une inadvertance de rédaction qui n'a été rectifiée qu'en 1960, l'alternative qui lui a toujours été reconnue face au tiers de bonne foi de rembourser soit la dépense entière soit la plus-value, n'existait plus lorsque le tiers était de mauvaise foi ; dans ce cas, il devait payer seulement la dépense de construction, ce qui, malgré le moyen de pression donné par la menace de démolition, revenait à mieux traiter le tiers de mauvaise foi que le tiers de bonne foi). Voir sur tous ces points PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité de Droit Civil*, II, nos 2505 et s.

obligations qu'ils font naître et le régime de cette responsabilité dépend, dans une large mesure, du cadre où elle se développe (38).

Ainsi, l'unité fondamentale de la sanction met sur le même plan réaction et sanction substantielle.

Or la conséquence la plus importante pour notre sujet en est que la violation de la loi donne en principe naissance à un droit subjectif (39). Définir ce droit est pour le droit privé un moyen normal de réparer le trouble causé à l'ordre juridique. Le droit positif pourtant, paraît connaître deux exceptions : le droit pénal d'abord et, partiellement ensuite le droit des actes juridiques.

B. — *Les exceptions apparentes.*

19. — La sanction de l'infraction pénale est indiscutablement mise en œuvre par des raisonnements qui ne sont pas ceux du droit privé. Ainsi, les droits subjectifs qui naissent en conséquence d'une infraction et fondent l'action civile (40), ne réalisent pas la réaction pénale : les poursuites sont fondées sur tout autre chose, un intérêt public, le « droit » de la société exercé par la puissance publique.

Voilà déjà une différence importante, qui sépare la sanction pénale de celles du droit privé, et qui suffit à placer le droit criminel au nombre des branches du droit public (41).

Mais l'autonomie du droit pénal va plus loin encore : ainsi, tout d'abord, l'enchaînement de ses règles est-il exceptionnellement rigide ; c'est en principe un droit formé de catégories réelles (42). Ensuite, c'est essentiellement un droit de réaction : il ne définit pas les règles substantielles dont la violation entraîne la réaction pénale. Parfois, on trouve ces règles dans d'autres branches du droit : ainsi le droit commercial définit les obligations du vendeur et du prêteur de deniers dont la violation est incriminée par les textes sur la vente à crédit (43). Mais le plus souvent, il faut en supposer

(38) Voir les observations de MM. H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité de la Responsabilité civile*, tome I, chap. II.

(39) Quelles que soient les difficultés éprouvées par ailleurs à définir exactement cette notion. Voir sur ce point, Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, notamment n° 25.

La réaction peut s'ordonner autour d'autres notions : exceptions ou fins de non-recevoir par exemple (voir aussi ce qui sera dit de la sanction pénale, *infra*, n° 19). Mais ce qui importe c'est que le droit subjectif soit l'instrument par excellence de l'aménagement des rapports juridiques en matière de réaction comme en matière de sanction substantielle. Voir Motulsky, *op. cit.*, n° 23.

(40) Ces droits ne fondent pas seulement l'action civile qui sanctionne le droit à réparation de la victime ; d'autres actions, sanctionnent d'autres droits en rapport avec l'infraction : par exemple l'action en divorce en cas d'adultère... Voir Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, II, n° 963. Mais ces actions ne peuvent être portées devant la juridiction répressive.

(41) Voir Bouzat et Pinatel, *op. cit.*, tome I, n° 4.

(42) Voir *infra*, n^{os} 62 et s. ; cf. Gény, *Science et technique*, III, n° 182.

(43) Voir les obligations définies par les décrets du 20 mai 1955 et du 4 août 1956, sanctionnées pénalement par l'article 37, paragraphe 5 de l'ordonnance du 30 juin 1945.

l'existence et encore peut-on douter fortement de leur réalité : il est douteux que l'on puisse induire des peines qui frappent le vol une obligation « pénale » de respecter le bien d'autrui... (44). Si l'on se place au point de vue philosophique, cette obligation est « nécessairement » impliquée par la prohibition du vol. Mais d'un point de vue strictement juridique, elle est étrangère au droit criminel qui se borne à réagir contre le fait qu'il définit comme un vol... (45).

20. — Dans ces conditions la réaction pénale diffère profondément des formes de sanction connues en droit privé : elle se développe sans recourir au droit subjectif ; ses règles s'enchaînent selon le procédé archaïque des catégories réelles ; elle est pratiquement détachée de règles substantielles...

Mais dans la mesure où elle paraît porter atteinte au caractère homogène de la sanction du droit privé, il faut reconnaître que cette atteinte est justifiée par l'autonomie du droit pénal (46). Plus précisément, dans la mesure où les relations qui intéressent ce droit mettent en présence une personne privée d'une part, et la puissance publique de l'autre, son particularisme apparaît comme la conséquence d'un caractère de droit public qui n'est guère contesté (47).

On peut donc dire qu'en droit privé, là ou la puissance publique n'intervient que comme juge et comme législateur, le principe reste intact : la sanction est homogène — ou plutôt le serait sans le phénomène de la nullité...

21. — Mais précisément, il n'est guère contesté que nous devons le particularisme des nullités à une fâcheuse hypertrophie théorique.

Les théories juridiques ont pour point de départ commun des considérations de pratique et rendent surtout le service provisoire de simplifier la matière à étudier (48).

Il serait par conséquent étonnant que de telles constructions présentent une valeur scientifique absolue. Mais le risque est grand qu'elles ne se prennent pour des valeurs en soi. Il en résultera des

(44) Il existe en droit civil une obligation de respecter la propriété d'autrui. Mais elle n'a ni le même domaine — étant beaucoup plus large que celle qui résulte *a contrario* de la définition du vol (art. 379 C. p.) — ni la même physionomie.

(45) Ne doit-on pas rapprocher l'absence d'obligation impliquée par la sanction pénale du peu de valeur « utilitaire » de la peine ? Sociologiquement en effet, le respect du bien d'autrui est certainement antérieur à la crainte du gendarme : la peine contribue peu au comportement des honnêtes gens ; mais c'est une attitude étrangère au Droit — l'horreur de mal faire — qui joue le plus grand rôle dans ce comportement...

(46) Voir Bouzat et Pinatel, *op. cit.*, I, n° 6 et renvois.

(47) Voir Eisenmann, « Droit public, droit privé », *Revue du droit public*, 1952, p. 903.

(48) Cf. *supra*, n° 16.

conséquences artificielles, forçant les faits et, en définitive, nuisibles au développement harmonieux du Droit.

D'une part, la théorie, ne réussissant pas à expliquer certains phénomènes, poussera le juriste à les négliger. De l'autre, elle l'incitera à imposer des solutions sans rapport réel avec les nécessités véritables, mais imposées par ses prémisses.

22. — Or il semble que ce soit arrivé en matière de nullités (49). C'est dans la mesure où elle tend à remplacer la notion de réaction par une géométrie aveugle (50) que la théorie nie l'unité des mécanismes fondamentaux. En même temps, elle néglige le fondement de la réaction : la nécessité pour le Droit d'épuiser son objet ; pour elle, en effet, la nullité tend à se confondre avec le rejet hors du Droit des situations illégales (51). C'est donc par une abérration manifeste qu'elle occupe une place tout à fait particulière au sein de l'édifice juridique.

Or on sait depuis la fin du siècle dernier que la théorie de l'inexistence est une source d'erreurs, et qu'il faut l'abandonner. Pourtant, l'idée du droit de critique n'a vraiment pénétré ni la doctrine, ni la jurisprudence (52). Peut-être n'a-t-on pas suffisamment remis en cause la notion de nullité en tant que catégorie autonome pour examiner plus simplement le jeu de la réaction dans le cadre des catégories substantielles : l'acte juridique et, plus précisément, tel acte juridique, mariage, testament, contrat et même tel ou tel contrat. La survivance, même limitée, de certaines des conséquences de la thèse classique n'en est pas moins curieuse.

SECTION II

LA PORTÉE DES THÉORIES JURIDIQUES

23. — Sans doute faut-il voir dans cette permanence de l'influence que l'idée de néant exerce sur le droit des nullités malgré les critiques qui se sont avérées judicieuses, une confirmation du rôle à la fois partiel et nécessaire que jouent les théories en matière de Droit. En effet, la réalité sociale oppose à la spéculation intellectuelle une résistance indéniable ; mais on sait que le Droit ne peut se former sans recourir aux constructions théoriques.

Il semble parfois qu'elles continuent à lui être nécessaires, même lors que leur caractère artificiel est démontré. Ce qui pourrait

(49) Voir *infra*, nos 53 et s.
(50) Voir *infra*, nos 88 et s.
(51) Voir *infra*, nos 85 et s.
(52) Voir les ouvrages cités *supra*, no 2, note 10.
Mais E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p. 149, abandonne complètement les thèmes classiques pour reprendre ceux de Japiot.

expliquer dans une certaine mesure, la survivance des théories dépassées (§ 1).

L'influence des constructions qui soutiennent ainsi le droit positif est donc extrêmement durable (53), mais si l'inconvénient qui résulte éventuellement de leur inadéquation reste souvent dans les limites du supportable, sinon du rationnel (54), il s'en faut de beaucoup que l'on doive renoncer à l'effort d'innover. En particulier, cette influence et ses inconvénients ne se révèlent pleinement qu'à l'étude de cette branche du droit international privé qui traite des conflits de lois et dont on sait qu'elle nécessite l'approfondissement des concepts fondamentaux du droit interne. Leur influence sur la solution des conflits de lois (§ 2) est déjà une raison suffisante pour critiquer les théories du droit interne.

§ 1. — La survivance des théories dépassées.

24. — Il est permis d'estimer sans relativisme excessif que, dans toutes les branches du savoir, les théories sont des tentatives et leurs résultats toujours provisoires. En effet, instruments de la connaissance, les théories éclairent le savant sur deux plans complémentaires mais distincts : celui de l'appréhension des phénomènes connus d'une part, celui des hypothèses d'autre part.

Elles ont d'abord la fonction et la valeur d'une explication des faits observés ; il s'agit de les décrire aussi fidèlement que possible, de rendre compte de leurs caractères essentiels.

Elles permettent ensuite, par l'extrapolation de notions éprouvées, de découvrir des relations nouvelles entre les phénomènes et ainsi de faire progresser la science. Mais par là, confrontée avec les réalités nouvelles qu'elle a permis d'atteindre, la théorie se détruit elle-même en se perfectionnant. Il faut des explications neuves, plus simples et plus fécondes, pour rendre compte à la fois des faits nouveaux et des faits anciens (55).

25. — Les juristes ont eu, de tout temps, recours aux images et à des raisonnements pour illustrer le jeu des règles qui font l'objet de leurs études, pour en expliquer l'enchaînement, pour justifier certaines innovations, en un mot pour faire progresser leur science.

Il en va des constructions juridiques comme des théories scientifiques : il faut sans cesse les remettre en question et cette exigence est plus grande encore dans la science du Droit qu'en aucune autre

(53) Voir *infra*, n° 26, note 59.

(54) Voir *infra*, n° 26.

(55) Voir Gény, *Méthode d'interprétation et sources*, I, n° 23, p. 75 : « Le « Droit ne peut être fécondé par la logique qu'au moyen d'une double opération « en sens inverse. Il faut d'abord, de la loi ou des règles de Droit qui s'en dégagent, « remonter au principe supérieur, et de celui-ci ensuite déduire les conséquences » (à propos de la méthode traditionnelle d'interprétation).

science. C'est d'abord qu'il faut les adapter à un objet en perpétuelle transformation : le phénomène juridique dont l'évolution n'est jamais arrêtée. C'est ensuite que le Droit, en même temps qu'objet de connaissance, est une œuvre de l'esprit qu'il faut toujours perfectionner. Les théories juridiques ont ainsi le double rôle d'informer le savant et d'armer le législateur.

26. — Or, si la fonction première d'une construction théorique est de rendre compte des faits, elle se confond avec la structure du phénomène observé tant qu'elle remplit exactement son rôle. C'est dans la mesure de ses faiblesses qu'elle apparaît pour ce qu'elle est : une tentative, un miroir relativement fidèle, une construction plus ou moins abstraite de l'esprit.

Critiquer une théorie, c'est mettre en évidence l'inadéquation de la construction et du phénomène. Il suffit en effet que l'un puisse être conçu indépendamment de l'autre pour que la théorie ait de grandes chances d'avoir manqué à l'essentiel de son rôle qui est d'abord de refléter les faits (56). Cette éventualité est une certitude lorsque la théorie laisse dans l'ombre une partie de ces faits, ou que certains d'entre eux contredisent ses principes. Nous verrons, à la suite d'éminents auteurs, comment il en est ainsi pour la théorie classique des nullités (57).

27. — Seulement, il s'en faut de beaucoup qu'à peine démontrée l'insuffisance de la construction communément reçue, une explication neuve, pleinement satisfaisante, s'impose (58).

Il y a donc des degrés dans l'utilité d'une construction envisagée en tant qu'instrument de la connaissance. La plus inexacte peut rendre le service de simplifier l'exposé de la matière — ou faciliter la tâche de l'esprit en divisant cette matière sur laquelle il travaille. Telle est sans doute la cause de la survivance de notre théorie classique des nullités : elle fournit une explication « commode » des règles d'attribution de l'action, de prescription, de confirmation ; elle justifie une certaine rétroactivité des sanctions ; elle permet de classer clairement ces dernières en nullités relatives et absolues...

Mais surtout, le Droit se fait sous la pression des nécessités de la pratique et le praticien ne peut s'en remettre à la science du soin de forger l'instrument idéal ; en attendant, il lui faut vivre et par cet aspect qui n'est propre au Droit que parce que le législateur est dans tous les cas un praticien, une théorie approximative est préférable à l'absence de théorie (59).

(56) Il n'est pas exclu que deux théories contradictoires entre elles puissent cependant expliquer de façon cohérente le même phénomène.

(57) Voir *infra*, 1re partie.

(58) Il se peut même qu'une autre explication soit inutile...

(59) Ce qui entraîne, par un choc en retour, la survie des théories dépassées ; les praticiens en ont pris l'habitude et s'en contentent longtemps après qu'une autre explication leur a été donnée.

Le Droit est ainsi particulièrement riche en constructions dont la plupart des doctrines juridiques s'accordent à la fois pour les critiquer et pour les utiliser cependant plus ou moins ouvertement sans qu'il soit possible d'adresser au principe même de cette méthode le reproche de contradiction.

Mais s'il n'y a pas d'impossibilité logique lorsque cette utilisation des théories périmées est faite avec réserves sur le plan de l'explication des phénomènes, elle présente cependant un grave danger sur celui des hypothèses : l'instrument de la connaissance risque d'être pris pour l'objet qu'il ne recouvre que partiellement. L'ampleur de ce danger varie évidemment avec le degré d'inadéquation de la théorie, mais ses conséquences seront particulièrement désastreuses en matière de Droit : c'est l'objet même de la science qui risque d'en être affecté dans la mesure où il dépend d'un « législateur » source formelle ou interprète (60).

L'inconvénient de la survivance des théories dépassées est immédiatement visible dans les règles du droit interne et nous en relèverons les principales conséquences dans la première partie de ce travail. Mais il apparaît d'autant plus clairement lorsque ce droit interne est emprunté pour partie à des systèmes juridiques étrangers.

§ 2. — L'influence des théories du droit interne sur la solution des conflits de lois.

28. — Les relations privées dont tous les éléments ne sont pas inscrits dans les frontières d'un État, qui sont donc par quelque côté étrangères, relèvent du droit international privé (61). Essentiellement national par sa source, ce droit connaît deux types de réglementation (62).

Parfois, la loi du for règle directement la question litigieuse. Il en est ainsi tout d'abord lorsque ses règles s'appliquent immédiatement, sans qu'il y ait lieu de distinguer *a priori* suivant que les situations ou les personnes sont ou non purement nationales (63). Mais il lui arrive également de formuler des dispositions spécialement adaptées aux situations ou aux personnes qui présentent

(60) A cet égard la jurisprudence doit être considérée comme une source de droit.

(61) H. Batiffol, *Traité*, n° 1. Cf. N. Katiscic, *Le Droit international privé, droit privé des relations internationales*, Cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales, 1963-1964.

(62) Voir *supra*, n° 3, note 15.

(63) Ces règles sont dites « d'application immédiate », par M. Francescakis, voir *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit international privé*, n° 7, p. 11, et, « Quelques précisions sur les lois « d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits », *Revue*, 1966, p. 1. Cf. P. Graulich « Règles de conflits et règles d'application immédiate », in *Mélanges Dabin*, II, p. 629.

des éléments étrangers (64) : il existe ainsi un droit international privé matériel comparable au *jus gentium* que la Cité romaine édictait pour régir les rapports de ses citoyens avec les étrangers. Droit interne d'application immédiate et droit international privé matériel ne posent sur le plan de la théorie générale aucun problème original distinct de ceux du droit interne proprement dit.

Par contre, le droit international privé connaît un procédé indirect de réglementation : celui du conflit des lois. Il s'agit d'un instrument si particulier, si caractéristique que le terme de conflit des lois est souvent synonyme de droit international privé.

On estime en effet que les relations qui ont des points de contact avec plusieurs pays doivent être régies par le système juridique avec lequel ces contacts sont les plus substantiels. Le droit international privé pose pour cela des règles dites de conflit, dont le rôle consiste à désigner ce système au moyen de critères de rattachement qui sont des éléments de la situation considérés comme significatifs pour chaque type de relation. Dans cette perspective, le droit du for ne régit qu'indirectement les relations étrangères qui l'intéressent : il les saisit par ses règles de conflit, mais c'est pour les confier à la loi qui leur convient le mieux et dont le Droit interne s'applique alors (65).

29. — Or la désignation de la loi compétente suppose une connaissance approfondie du droit interne de l'État qui procède à cette désignation : Bartin a montré de façon magistrale comment les principes du droit des conflits sont dans une large mesure la projection de ceux du droit interne (66).

En effet, la désignation de la loi compétente suppose régulièrement un découpage des relations de fait : il faut en confier les divers éléments aux systèmes juridiques les plus directement intéressés (67).

Mais le découpage des relations de fait suppose en réalité le découpage des ensembles de règles : il faut en effet que ces dernières,

(64) Ainsi, par exemple, les règles sur la condition des étrangers en France ; les articles 14, 15, 16 du Code civil, etc. Cf. Francescakis, *La Théorie du Renvoi*, p. 16.

(65) Il s'agit en somme, suivant les vues de Savigny (voir sur ce point H. Batiffol, *Traité*, n° 238, p. 277 et n° 266, p. 305), de localiser le rapport litigieux dans un État donné dont la loi est déclarée compétente ; ainsi, les questions qui concernent le régime des biens corporels relèvent de la loi du lieu où les biens sont situés ; celles qui intéressent la personne prise en tant que telle reviennent à la loi de l'État dont cette personne a la nationalité ou dans lequel se trouve son domicile ; celles qui touchent aux successions mobilières dépendent de la loi du dernier domicile du défunt...

(66) Voir en particulier *Principes de Droit International privé*, II, § 225.

(67) Ainsi, s'agissant de la vente d'un immeuble, la capacité de chacune des parties dépendra de chacune de leurs lois nationales ; le contrat relèvera pour la forme du lieu de conclusion et pour le fond de celle que les parties auront choisies. Enfin, le transfert de la propriété et les formalités éventuelles de publicité dépendront de la loi du lieu de situation de l'immeuble.

issues de lois différentes puissent s'ajuster entre elles. Les normes arrachées à plusieurs systèmes indépendants sont appelées à s'adapter les unes aux autres pour régir de façon cohérente la relation considérée. Elles doivent se comporter comme le feraient des règles issues d'un seul et même système (68) ; là réside la difficulté essentielle du droit des conflits. Elle tient à la nature systématique du Droit, à l'étroitesse des rapports qui lient les règles les unes aux autres ; et là se trouve aussi l'explication de sa dépendance vis-à-vis des conceptions qui animent le droit interne.

Pour parvenir à ses fins, le droit des conflits classe les règles du droit privé en différentes catégories de rattachement : statut personnel, réel, contractuel, etc... sont découpés dans le système juridique de telle sorte que leurs contours respectent les affinités essentielles qui existent entre les règles selon leur nature (69). Il faut donc fouiller au plus profond des institutions pour découvrir le caractère substantiel qui permet de les classer dans telle ou telle catégorie de rattachement (70).

30. — En particulier, suivre dans ce domaine les questions de nullité permet d'éprouver les caractères que l'on a cru pouvoir leur assigner en droit interne : ces caractères doivent nécessairement influer sur le découpage et le rattachement de ces questions (71).

L'examen des conflits de lois en la matière forme un complément d'autant plus précieux à l'étude de la nullité que, par son objet international, le droit des conflits impose de généraliser les conceptions du for. L'idée d'un système juridique type, modèle des législations nationales, s'exprime en effet dans le mécanisme des règles de conflit : il faut, pour coordonner des règles étrangères, les débarrasser de bien des particularismes. Or, il n'est pas question d'opérer la coordination de façon concrète, situation par situation, système par système. C'est d'avance, abstraitement, qu'il faut libeller des règles de conflit valables pour toutes les situations et pour tous les systèmes.

Ainsi, le découpage des catégories de rattachement procède d'un plan dressé *a priori* pour résoudre tous les conflits possibles. En vertu de ce plan, les catégories sont conçues de telle sorte que

(68) Voir H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, n° 10, p. 25 ; n° 14, p. 31.

(69) Voir sur ce point : H. Batiffol, *Aspects...*, en particulier n° 21, p. 47.

(70) Voir H. Batiffol, *Aspects...*, n^{os} 13 et s.

(71) Voir E. Bartin, *Principes...*, II, § 225, p. 16 : « Le conflit des lois devient « ainsi, pour la législation sur laquelle on raisonne, comme un procédé permanent, de contrôle, dans l'ordre du droit civil interne, du principe des institutions de droit privé. Il oblige le civiliste à dissocier, pour chaque institution « de droit privé, dans le conglomérat de raisons plus ou moins cohérentes qu'on « donne de cette institution, les raisons qui méritent d'être retenues, de celles « qui ne méritent pas de l'être. Il opère à la façon de ces poisons qui tuent « certains organes de l'être vivant et qui permettent par là même au physiologiste de juger du fonctionnement des autres... ».

les règles qu'elles englobent puissent s'adapter sans dommage aux règles appartenant à des catégories comparables découpées par le même raisonnement dans n'importe quel système étranger : ainsi par exemple, des règles de « fond » du for devront jouer avec les règles de « forme » de n'importe quelle autre loi et vice versa...

Cela suppose une certaine conception de la façon dont s'articule, non pas seulement le droit du for, mais encore tout système juridique quelconque ; une conception en vertu de laquelle on puisse reconstituer, pour les besoins de chaque cause internationale, un système juridique ad hoc, à partir d'éléments empruntés à « n » systèmes étrangers.

31. — Cependant, cette conception est nécessairement partiale, car l'universalisme dont elle procède est atteint de myopie : le législateur qui l'incorpore aux règles de conflits, tout en cherchant à s'élever à un certain degré d'abstraction, part inévitablement des données fournies par son propre droit interne (72).

C'est d'abord que ce droit est le seul qu'il connaisse. Mais surtout, s'agissant de découvrir dans le tissu des règles celles qui vont absolument ensemble et celles que l'on peut séparer sans nuire à la cohésion du système, il va se préoccuper au premier chef de ne pas mutiler son ordre juridique propre. Si bien qu'il prend un parti définitif sur le découpage de tout système juridique en découpant dans le droit du for les catégories qui pourront sans dommage s'adapter à des dispositions juridiques étrangères. Quelles que soient les précautions prises contre l'arbitraire et le nationalisme, il est par conséquent inévitable que le droit des conflits ne soit une extrapolation des lignes directrices du droit interne du for : ses solutions en sont des projections simplement épurées.

On ne s'étonnera donc pas d'observer sur ce plan aussi l'influence de l'idée de néant : inspirant des conceptions qui déforment le droit interne, elle doit avoir sa traduction en droit international et orienter le rattachement des questions de nullités. Son étude à ce stade est nécessaire pour dégager l'ensemble des inconvénients de la théorie classique, comme pour éprouver la construction qui nous paraît rendre un compte suffisamment exact des réalités et respecter l'unité fondamentale de la sanction : celle du droit de critique dégagé par Japiot.

32. — Cela suppose une étude des principaux problèmes soulevés par la nullité en droit interne puisque c'est à ce niveau qu'apparaissent les manifestations fondamentales de l'idée de néant : nous verrons d'une part comment cette idée a pu inspirer la théorie classique ; d'autre part, comment s'exerce encore son influence

(72) Cf. H. Batiffol, *Aspects...*, p. 39 : « Un système qui cherche sa coadaptation avec ses voisins la cherche nécessairement à partir de sa propre organisation... ».

après l'abandon des principaux éléments de cette théorie (première partie).

Mais la question est surtout d'importance en droit international. Poursuivre l'étude de la nullité dans ce domaine, en plus de l'intérêt scientifique qui s'y attache par l'approfondissement qu'elle suppose, se justifie par le besoin pratique d'éclairer un secteur particulièrement obscur.

En effet si comme nous le verrons, le droit interne a finalement peu souffert de l'inexistence, il semble que cette conception influence davantage les solutions du droit international. Peut-être les réalités juridiques sont-elles moins facilement saisissables dans le domaine des conflits de lois que dans celui de la réglementation directe ? Les constructions intellectuelles ont en tout cas une part plus importante à jouer ici, et c'est sans doute ce qui explique l'effet de celles qui reposent sur l'inexistence (deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE

LES DONNÉES DU DROIT INTERNE

33. — L'idée de néant que l'usage vulgaire attache définitivement au terme de nullité s'est principalement manifestée en inspirant la théorie classique. Cette inspiration est si étroite que l'on peut parler ici d'une véritable formulation théorique de l'idée de néant : la construction de la nullité-inexistence (titre premier).

La théorie classique est actuellement rejetée pour l'essentiel. Il n'en reste pas moins qu'elle prête toujours ses cadres à la doctrine comme à la pratique. Ce n'est pas sans danger. En effet, si dans une large mesure le droit a pu s'évader des cadres périmés là où il le fallait, on doit constater encore sur bien des points une survivance facheuse de l'idée de néant (titre second).

TITRE I

LA THÉORIE DE LA NULLITÉ-INEXISTENCE

34. — En matière de réaction, le rôle de la construction théorique ne devrait pas être différent de ce qu'il est dans les autres secteurs du droit privé, puisque la réalité juridique est partout identique. Cependant, la théorie classique utilise, avec les nullités, une méthode inconnue partout ailleurs : la nullité n'est pas le produit d'une réaction du droit, mais un état, l'état d'inexistence où se trouve un acte juridique qui n'a pu se former ou qui, mal formé, a été détruit. On en fait ainsi une notion sans équivalent, dont la nature est extra juridique.

Après un rappel succinct des circonstances qui ont accompagné l'apparition de cette conception fondamentale (Chapitre Premier), nous constaterons en en faisant la critique (Chapitre Deuxième), qu'elle s'inspire de données archaïques parfaitement anachroniques dans notre droit où, paradoxalement, son apparition coïncide avec les codifications d'où il tire sa plus grande perfection.

CHAPITRE I

LA THÉORIE CLASSIQUE DES NULLITÉS

35. — Dans la définition usuelle qui est restée celle d'Aubry et Rau, « la nullité est l'invalidité ou l'inefficacité dont un acte est « frappé comme contrevenant à un commandement ou à une défense « de la loi ». La formule suffit à poser le problème et à indiquer les grandes lignes du droit positif. Elle équivaud au minimum de construction théorique valable quelle que soit la doctrine adoptée (1)— et nous la retiendrons pour cela, comme terme de référence.

L'acte juridique est au centre de cette construction de base et l'on ne s'étonnera pas de trouver ici la catégorie substantielle qui est le cadre nécessaire de la réaction (2). Ainsi, la nature de l'acte com-

(1) Ce qui n'empêche nullement Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, 6e éd. par Bartin, I, p. 230) de soutenir la théorie classique (*id.*, IV, § 332 et s., voir *infra*, n° 56). La définition est d'ailleurs trop large dans la mesure où elle ne fait pas apparaître la nécessité d'une illégalité contemporaine de la formation de l'acte. Ainsi l'inefficacité qui frappe un acte devenu illégal postérieurement à sa formation ne résulte pas d'une nullité, mais d'une résiliation. Or la définition ne fait pas clairement la différence...

(2) Cf. *supra*, n° 18. — Le droit romain illustre cette nécessité en montrant comment on ne peut décrire la réaction en termes de nullité que dans la mesure où la notion d'acte juridique existe dans le système considéré (voir E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 15 et s.).

Ainsi, ce que nous appelons par exemple la « vente » d'un bien corporel suppose en droit romain classique (comme en de nombreuses législations modernes d'inspiration romaine) d'une part un accord des parties, d'autre part un procédé de transfert. La notion d'acte ne correspond pas à ce qu'est pour nous une vente, mais séparément à l'accord et au transfert (il semble d'ailleurs qu'à l'époque des XII Tables, le transfert seul puisse être considéré comme un acte ; l'accord ne serait pas juridique...). On doit voir ainsi deux actes distincts là où, dans notre droit, il n'y en a qu'un.

Dans ces conditions, il n'y aura pas de nullité de la vente au sens où nous entendons ce dernier terme ; mais seulement soit de l'accord, soit du transfert.

En droit français, un contrat réalise à lui seul toute la vente ; les vices qui en affectent l'objet, la forme, le consentement entraînent la nullité de cette vente. En droit romain, l'accord n'est qu'un élément d'une opération qui suppose également le transfert ; ses irrégularités laisseront ce transfert intact : c'est une chose que de savoir ce qu'il advient de l'accord, et une autre chose que de savoir ce qu'il advient du transfert. Ainsi, que l'accord soit irrégulier mais le transfert valable, et l'acquéreur est propriétaire. Inversement, que l'accord soit valable et même exécuté (le prix payé...), si le transfert ne l'est pas, l'alié-

mande celle de la nullité. Bien plus, la physionomie particulière de chaque acte façonne celle de sa nullité... (Sect. I).

La théorie classique est plus ambitieuse. Elle s'efforce de rendre compte du régime des nullités en donnant une portée très particulière au rapport existant entre les notions d'acte et de nullité : celle-ci est connue comme un état de l'acte qui le voue au néant ... (Sect. II).

SECTION I

LA DÉFINITION : L'ACTE JURIDIQUE ET SA NULLITÉ

36. — La définition usuelle permet de mettre en relief la dépendance de la nullité par rapport à l'acte qui en est le théâtre. Dans une perspective classique, l'acte s'oppose au fait comme une réduction du genre à l'espèce : c'est le fait volontaire et conscient appliqué à la recherche d'un but. L'acte juridique est l'acte défini par le Droit et dont le but est juridique (3) (§ 1). Il est nul dans cette mesure : s'il correspond mal à la définition légale, il manquera son but. Ainsi la nullité semble propre aux actes (§ 2). On ne veut pas nier par là l'existence, dans le droit des actes et, à côté des nullités, de peines, d'indemnités, et en général des mêmes formes de réaction que dans le domaine des faits ; mais la nullité épouse très exactement les contours de l'acte. C'est ce qui la caractérise.

§ 1. — *L'acte.*

37. — On suppose en premier lieu un comportement volontaire, sinon il n'est même pas question d'acte au sens vulgaire du terme : la naissance ou la mort, un faux mouvement, l'acte du fou, peuvent tous avoir des « résultats juridiques ». Ce sont des faits parce qu'il s'agit d'actes involontaires.

Il faut ensuite qu'un rapport de nécessité existe entre le comportement volontaire et le résultat qui est une modification du Droit, une

nateur est resté propriétaire : les notions d'acte et de nullité se recouvrent exactement. Mais la distinction romaine peut se retrouver en droit français ; cela se produit en particulier lorsque une autorisation administrative devient condition du transfert. En l'absence d'autorisation, la vente est parfaite, le transfert nul... Voir par exemple, à propos de la célèbre loi du 16 novembre 1940 qui subordonnait les mutations immobilières à l'autorisation du préfet : Civ., 16 juin 1943, D.C., 1944.37, note Fréjaville. D'autres décisions plus respectueuses de la volonté du législateur, analysant l'exigence de la loi du 16 novembre 1940 comme une condition de la vente elle-même ont pu considérer que cette vente était nulle : Civ., 15 janv. 1943, D., 1946.131 ; Civ., 25 févr. 1946 D., 1946.341, note Hébraud.

(3) Voir CARBONNIER, *Droit Civil*, I, n° 43 : « On définit l'acte juridique « toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, à « apporter quelque modification dans l'ordonnancement juridique ». TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, nos 203 et s. Et. cf. *infra*, nos 176-177.

sanction substantielle. Ce rapport distingue l'acte juridique de l'acte tout court qui n'est à proprement parler qu'un fait « naturel » : une prière, une plaisanterie, un acte purement matériel n'ont en eux-mêmes aucune signification juridique.

D'autre part, il ne suffit pas d'un rapport quelconque entre l'acte et le Droit : il faut que la volonté de l'acteur soit tendue vers le résultat juridique, que ce résultat soit le but de l'acte. C'est ce qui permet de considérer le suicide par exemple comme un fait : le résultat juridique — ouverture d'une succession — n'est pas visé par la volonté du désespéré.

Il faut enfin que l'acte lui-même soit autorisé par le Droit — sinon le résultat ne sera pas la sanction substantielle mais une réaction. Ainsi, l'individu qui tue sa femme vise, entre autres objectifs, la situation juridique de veuf. Mais ce résultat n'est pas pris en considération pour qualifier son acte. On s'attachera plutôt à la réaction pénale au meurtre qui, dans la mesure où il peut être juridique, est un simple fait.

38. — Ainsi donc, l'acte juridique est un comportement réglé par le Droit — ce qui permet de parler en ce domaine de reaction en général et de nullité en particulier.

Mais il faut relever ici une impropriété terminologique (dont la doctrine du droit public (4) a fait heureusement bon marché) : on désigne sous le même terme l'acte proprement dit et le résultat qu'il produit. On dit couramment une vente, un mariage, une loi, un prêt, aussi bien pour désigner l'opération par laquelle les parties se lient que les obligations qui en découlent (5) ; ce qui porte l'esprit tantôt à négliger l'opération pour n'en voir que les conséquences, tantôt à ignorer ces dernières pour considérer seulement l'opération, la « procédure » contractuelle (6).

Au contraire il faut distinguer ces deux étapes pour saisir la réalité de l'acte juridique (7) : il s'agit d'articuler sur les règles qui posent les conditions de validité de l'« opération » des règles substantielles qui en définissent le « résultat » (8).

(4) Cf. Eisemann, *Cours de doctorat*, 1956-1957, p. 36 et s. ; 1957-1958, p. 35 et s.

(5) Cf. les termes de l'article 1134 du Code civil.

(6) Cette terminologie a sans doute contribué à l'essor de la notion d'inexistence : l'invalidité de l'opération (« Ce n'est pas un mariage ! ») déteint instinctivement sur les effets (« S'il n'y a pas de mariage, il n'y a donc pas d'obligations de parenté, de liens, de filiation, de droits de succession, etc... »).

(7) Mais il ne faut pas commettre une erreur inverse et exagérer la portée de cette distinction : le contrat forme un tout comme le montre l'analyse qui suit (*infra*, n° 39) : l'opération n'a pas de sens si on la sépare des effets ; d'autre part, M. Carbonnier fait remarquer (*op. cit.*, II, n° 134) qu'historiquement les deux étapes sont confondues s'agissant de contrats qui ne se forment qu'en s'exécutant : c'est le cas des contrats innomés du droit romain... (cf. Monnier *Traité de droit romain*, II, nos 142 et s.).

(8) Cette articulation a pour centre l'opération qui est régie par les règles de validité dont elle constitue en tant que « fait » l'exécution. Une fois réalisée,

39. — C'est exclusivement en vue de ce résultat, des effets de l'acte, que l'opération est réglementée : les règles de validité n'existent qu'en fonction des conséquences attachées à l'acte par les règles substantielles. Les conditions générales de validité, capacité, consentement, objet, cause, comme les conditions spéciales à chaque catégorie particulière, n'ont ainsi aucune valeur en elles-même (9).

On rejoint ici une constatation fréquente de la doctrine : l'opération n'a en somme qu'une existence fonctionnelle ; c'est essentiellement une procédure.

§ 2. — *Sa nullité.*

40. — C'est par là que la notion nullité se trouve intimement liée à celle d'acte juridique : il est naturel que son action se développe au niveau des effets pour une irrégularité observée au niveau de l'opération.

Les conditions de validité correspondent au comportement volontaire, à l'opération. Ce sont les obligations qui s'imposent aux auteurs : quant au fond — être titulaire du droit transmis, être capable, compétent, etc... quant à la forme — rédiger un écrit, respecter un délai, consulter tel organe...

Leur violation donne le principe de la nullité. C'est là-dessus que celle-ci se fonde et c'est par là qu'elle se distingue de sanctions qui, comme elle, agissent sur les effets, mais pour d'autres raisons : ainsi le divorce sanctionne la violation des obligations nées du mariage, c'est-à-dire des dispositions substantielles et non des règles de validité ; ainsi la résolution d'un contrat synallagmatique pour inexécution, la caducité qui frappe un acte pleinement valable à l'origine, mais « privé d'un élément essentiel à sa validité par la survenance « d'une circonstance postérieure à sa formation » (10), etc.

cette même opération constitue la condition d'application des règles de sanction substantielle qui en définissent les effets. Ces effets, à leur tour, déclenchent l'application d'autres règles substantielles... Ainsi, par exemple, l'union des époux devant le Maire est à la fois le fait d'exécution de l'article 165 du Code civil et la condition d'application des articles 212 et s. qui définissent les droits et devoirs des époux en tant qu'effets du mariage. Et si l'on considère l'un de ces effets, par exemple l'obligation de secours, il peut être lui-même condition d'application des règles sur les pensions alimentaires, de même que l'article 212, en ce qu'il impose la fidélité des époux, détermine le jeu de l'article 312 sur la présomption de paternité, avec toutes ses conséquences.

(9) Si l'on protège le contractant dans son consentement ou à raison de son âge, c'est contre les conséquences éventuelles de ses actes. Il est assez révélateur d'ailleurs d'observer comment les formalités de protection du mineur se multiplient parallèlement au caractère de gravité croissante des actes envisagés (art. 456 à 468 du C. civ.). Il en va de même, et l'évidence est d'autant plus grande, lorsque les règles de validité se rapportent à l'objet ou à la cause...

(10) Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, thèse Toulouse, 1963, p. 161 ; voir la comparaison avec la nullité, p. 114 et s.

41. — Mais le propre de la nullité est d'agir sur les effets pour les supprimer en tout ou en partie et, plus exactement, pour les modifier. C'est ce qui la distingue de certaines formes de réaction qui, fondées comme elle sur une violation des conditions de validité, n'ont pas de conséquences sur le plan des effets normaux de l'acte, se contentant de frapper autrement les auteurs : ainsi l'officier de l'état civil qui passerait outre une opposition à mariage, encourt l'amende fixée par l'article 68 du Code civil.

Surtout, c'est par là que la nullité participe étroitement à la nature de l'acte dans le cadre duquel vont se développer ses conséquences : l'inefficacité paraît d'autant plus indiquée que les effets de l'acte sont essentiellement juridiques — ce que nous avons traduit par l'application d'une règle substantielle — et ce que la doctrine classique appelle plus prosaïquement une modification du Droit (11). Pour prendre un exemple : puisqu'un homme n'est tenu de verser des subsides qu'à son épouse, il ne sied pas que celui qui n'est pas régulièrement marié en doive à celle qui n'est pas juridiquement sa femme ; il n'est donc pas obligé et les sommes versées le sont indûment .. De même, il n'existera entre eux aucun devoir de fidélité ; les peines de l'adultère seront inapplicables, non plus que la présomption de paternité de l'article 312.

42. — Ainsi, dire que le Droit impose des conditions de validité à l'opération, c'est dire qu'il n'attachera pas les effets de la règle substantielle à une opération qui ne remplit pas ces conditions. L'opération illégale ne provoque pas l'application de la règle ou, tout au moins, de toutes les règles définissant les effets ; dans la mesure où elle est nulle, elle n'est pas sanctionnée sur le plan substantiel.

Elle l'est sur le plan de la réaction : il s'agit d'organiser l'invalidité ; de définir ceux des effets qui sont écartés et la mesure de cette inefficacité dans le temps et quant aux personnes ; de définir également les conditions d'une nullité qui n'est pas forcément automatique ; qui est effacée par la prescription ou la confirmation. Enfin, il s'agit de régler le mécanisme des restitutions éventuelles.

Or, dans la perspective classique, cet aspect de la sanction des actes juridiques n'apparaît pas clairement comme le pendant de l'aspect substantiel. Curieusement, la nullité c'est uniquement l'absence de sanction substantielle, ce que la science juridique énonce instinctivement en disant que tout se passe comme s'il n'y avait pas eu d'acte — c'est-à-dire d'opération. C'est le sens de la maxime

(11) Voir Pédelièvre, *op. cit.*, p. 291 : « « ... C'est de par la volonté de la « loi qu'un acte juridique existe comme tel, c'est-à-dire comme productif d'effets « de droit : il lui est donc bien facile de supprimer l'acte contraire à la règle « en déclarant qu'il n'en produira aucun... La nullité semble donc... la sanction « la mieux adaptée aux prohibitions de la loi, parce qu'elle est la plus naturelle « la plus adéquate au but de la loi, parce qu'elle lui donne son maximum de « perfection... ».

Quod nullum est, nullum producit effectum, telle qu'on la trouve dans notre ancien droit (12).

Il s'agit d'une image, mais cette image a fini par se substituer à la réalité qu'elle était censée représenter : on est arrivé à voir en elle l'essence même de la nullitç et à lui demander la justification de toutes les solutions positives. On est allé jusqu'à parler d'inexistence comme synonyme de nullité sans se demander pourtant si l'absence de sanction substantielle n'est pas un aspect partiel de la nullité, son côte négatif, sans voir qu'il existe également un aspect positif.

SECTION II

LA THÉORIE CLASSIQUE DE LA NULLITÉ ÉTAT DE L'ACTE

43. — La construction classique repose sur cette équivoque et semble ne s'être édifiée que pour la rendre évidente par un raisonnement d'une rare subtilité. On n'a pas pu négliger en effet que le concept de nullité dérive absolument de la notion d'acte : la nullité est restée un phénomène inscrit dans la définition de l'acte juridique. Mais par une imperceptible évolution dans la conception de l'acte on a pu énoncer qu'au fond la nullité n'existe pas en tant que réaction : il s'agit seulement de l'état d'un acte nul. Et c'est en cela que, niant l'identité profonde des deux aspects de la sanction, la théorie classique affiche une si profonde originalité.

Née au lendemain des codification en extrapolant certaines formules des auteurs de l'ancien droit (§ 1), elle s'est manifestée par la multiplicité de systèmes doctrinaux, dont l'un peut encore être considéré comme usuel (§ 2).

§ 1. — Genèse de la théorie.

A. — *Les origines lointaines.*

44. — L'ancien droit français, à la veille des codifications, n'avait pas à proprement parler de théorie générale de « la nullité » et se souciait peu d'en avoir ; il décrivait « *des* » nullités.

(12) Voir Pothier, *Traité de Procédure Civile*, Œuvres posthumes, Paris-Orléans, 1778, tome III, p. 321, § VII : « De l'entérinement des lettres de rescision » : « ... par l'entérinement des lettres de rescision, l'acte est rescindé et « les parties sont mises au même état qu'elles étaient auparavant ; d'où il suit « qu'elles sont libérées des engagements qu'elles ont contractés : elles restent « dans la propriété des choses qu'elles ont aliénées par cet acte et même elles « sont censées ne les avoir point aliénées ». Rapp. Littré : « Nul... en terme de « jurisprudence, nul se dit des actes qui, étant contraires aux lois par le fond « ou par la forme, sont comme s'ils n'étaient pas ».

Le droit privé, morcelé, non encore codifié, fait de l'amoncellement des apports historiques, fut à cette époque la chose presque exclusive des praticiens et échappa ainsi aux grandes synthèses doctrinales sur le plan de la structure du Droit. Lorsque les juristes de l'Ancien Régime, las de n'édifier que des constructions fragmentaires, cherchaient à penser le Droit de façon générale, ils s'intéressaient essentiellement soit à son fondement philosophique ou religieux, soit à ses rapports avec l'état social et politique — rarement à sa nature propre. Peut-être est-ce en raison de la division de notre droit en deux grands systèmes d'abord, et de son morcellement en coutumes ensuite, mais les auteurs n'ont pas été naturellement amenés à concevoir le Droit comme un objet de science abstraite et désintéressée, mais plutôt comme l'ensemble des droits positifs... Ils n'ont donc pas étudié la structure de la réaction et se sont bornés à en décrire les mécanismes complexes sans trop généraliser.

Par contre, lorsque ce droit est mûr pour la codification unificatrice on découvre dans les œuvres doctrinales le germe des constructions que les codes feront éclore dans la doctrine de l'époque suivante. On comprend alors que les commentateurs de la codification inspirée par ce dernier état de l'ancien droit et de sa doctrine, se soient crus fondés à développer ces germes.

45. — Essentiellement préoccupés du régime de l'action, nos vieux auteurs connaissaient une distinction que nous ne relevons plus dans le Code Civil qu'à l'état de traces terminologiques — celle des rescisions et des nullités.

La rescision est la nullité du droit romain, qu'il faut demander au Roi la permission d'invoquer puisque le droit romain ne s'applique en pays de coutume qu'en vertu de cette permission. Pothier en fait la sanction de la violence, du dol, de l'erreur et de la lésion, c'est-à-dire essentiellement des vices du consentement (13).

La nullité est la sanction « prononcée par quelque coutume ou quelque ordonnance » (14). Ainsi, toujours selon Pothier (15), en cas de vice de forme, d'incapacité ou d'illégalité *stricto sensu* : pacte sur succession future, prêt usuraire, etc.

46. — Dans tous les cas de rescision, il faut obtenir de la Chancellerie royale les lettres qui ordonneront au juge d'annuler « s'il y a lieu » l'acte attaqué (16).

Si dès la fin du XVII^e^ siècle, il ne s'agit plus que d'une formalité fiscale, aux origines la Chancellerie était libre de ne pas accorder

(13) *Traité de Procédure Civile*, V^e^ Partie, Chap. IV, art. II.

(14) Que ce soit textuellement ou virtuellement, voir BOUHIER, *Coutume de Bourgogne*, Chap. XIX, art. 9 et 11.

(15) *Loc. cit.*, art. I.

(16) C'est la distinction du Rescindant et du Rescisoire. Cette procédure particulière rappelle la procédure romaine de l'Ordo, avec ses deux phases : devant le magistrat, puis chez le juge.

ces lettres. Exerçant un pouvoir d'appréciation qui venait ainsi doubler celui du juge, elle se réservait, au moins en théorie, d'accorder les lettres là où l'application stricte des principes coutumiers heurtait l'équité : le Roi peut et doit exempter un particulier du respect d'une loi que les circonstances d'espèce (17) rendent injuste.

47. — Ainsi, la dualité de régimes était aux origines une réalité : il y avait deux formes de nullité, dont l'une, la rescision, rapproche l'ancien droit de certains aspects du droit romain — mais dont l'autre, la nullité *stricto sensu*, est plus proche de ce que nous connaissons actuellement : nous pouvons lui appliquer les concepts devenus classiques.

En revanche le droit de la rescision est si réfractaire à ces mêmes concepts qu'il contredit directement la doctrine de l'inexistence : d'abord, s'il faut une intervention du souverain pour briser l'acte, c'est parce que cet acte est « naturellement » valable. Mais surtout, l'inefficacité suppose un geste positif, une véritable réaction qu'on ne peut assimiler à la simple absence de sanction...

C'est peut être ce qui a empêché que voit le jour, avant le XIX^e^ siècle une systématisation théorique commune, qui devait être inspirée par l'idée de néant.

On relèvera pourtant des traces de synthèse dans le domaine propre de la nullité : c'est en particulier le fait de d'Argentré (qui pourtant ne peut être suspecté d'avoir prôné l'unification du Droit) (18).

48. — Or, toute différence réelle est pratiquement abolie dès le XVII^e^ siècle : la Chancellerie délivre automatiquement les lettres de rescision. Il subsiste seulement des nuances dans les formalités et le jargon -- et, sauf en ce qui concerne le délai de prescription, les rescisions sont devenues en réalité des nullités et le Code civil prendra simplement acte de l'assimilation (19).

Désormais on voit s'amorcer les constructions que le XIX^e^ siècle développera en théorie générales — et les traits esquissés par des auteurs comme d'Argentré par exemple, dans le domaine particulier des nullités opposées aux rescisions, pourront se voir attribuer une portée générale qu'il serait imprudent d'attribuer de telles préoccupations aux anciens auteurs.

(17) On rapprochera cette pratique de l'interdit du préteur romain, dans la mesure où ce dernier paralysait les effets d'un acte du droit Quiritaire. — Voir *infra*, n^os^ 57 et s., surtout n° 68.

(18) Voir *infra*, n° 51.

(19) Pothier ne paraît plus les distinguer que par une différence de degré — parfaitement théorique — dans le vice qui affecte l'acte. Ainsi pour l'erreur : « 1. Celle sur la chose même qui fait l'objet de la convention... détruit entièrement le consentement... par conséquent, il n'est pas nécessaire en ce cas « d'avoir recours aux lettres de rescision... 3. A l'égard de l'erreur qui a donné « lieu à la convention, elle donne lieu à la rescision... ». *Procédure Civile*, *loc. cit.*, § 14, p. 316-317. Rapp. *Traité des obligations*, Partie I, Chap. I, art. III, 17, 18.

49. — Ainsi l'ancien droit oppose les nulltiés « radicales » fondées sur l'intérêt public et, par conséquent, invocables par tout intéressé, aux nullités « respectives », fondées sur une idée de protection individuelle que seule la personne protégée peut invoquer (20). Il s'en faut d'ailleurs que la correspondance entre le fondement et le régime de l'action soit parfaitement dégagée dans tous les cas. Notre classification usuelle en nullité relative et nullité absolue trouve ici son origine.

50. — Surtout, dès qu'il s'agit d'exposer le résultat de l'action en nullité ou en rescision, et d'en expliquer le fondement, on voit poindre l'idée qui sera plus tard à la base des théories du XIX^e^ siècle et dont nous sommes encore imprégnés : la nullité est un état de l'acte, qui est infirme ou inexistant.

Dans son exposé des vices du consentement en matière de contrat (21) qui a si directement inspiré le Code civil, Pothier écrit : « L'erreur est le plus grand vice des conventions, car les conventions « sont formées du consentement des parties ; et il ne peut pas y avoir « de consentement lorsque les parties ont erré sur l'objet de leur « convention... C est pourquoi si quelqu'un entend me vendre quel- « que chose et que j'entends le recevoir à titre de prêt ou par présent « *il n y a en ce cas ni vente, ni prêt, ni donation.* Si quelqu'un entend « me vendre ou me donner une certaine chose, et que j'entends ache- « ter de lui autre chose, *il n y a ni vente, ni donation* ; si quelqu'un « entend me vendre une chose pour un certain prix et que j'entends « l'acheter pour un moindre prix, *il n'y a pas de vente* ; car dans tous « les cas il n'y a pas de consentement. Sive in ipsa emptione dissen- « timus, sive in pretio, sive in quo alia, emptio imperfecta est. Si ego « me fundum emere putarem Cornalianum, tu mihi me vendere « Semporianum putasti, quia in corpore dissentimus, emptio nulla « est (L. 9 De conta. empt.) ».

51. — Nous trouverons des formules aussi tranchantes dans les œuvres des auteurs qui ont ébauché une systématisation solide en la matière, d'Argentré et Bouhier.

Pour le premier, les actes entachés d'une nullité fondée sur une « cause publique » ne « sont pas dignes du nom de contrat ». C'est

(20) Bouhier, *loc. cit.*, p. 333 et s., n^os^ 12 et 13 :

12. « ... Les unes ont pour principe l'intérêt public... De telles nullités sont « appelées absolues en ce qu'elles anéantissent l'acte essentiellement et radica- « lement en sorte qu'on le regarde comme non fait et non avenu ».

13. « Les autres nullités sont celles qui ont été introduites en faveur de « certaines personnes... Comme ces nullités ne regardent que l'intérêt des parti- « culiers, elles sont appelées respectives... Parce qu'elles ne peuvent être oppo- « sées que par ceux au profit de qui elles ont été établies... ».

(21) *Traité des obligations*, I, 1, art. III-17 ; rappr. les formules comparables des n^os^ 21 (violence) et 28 (dol). Sa conception des fondements respectifs de la nullité et de la rescision (*supra*, note 13) mène d'ailleurs à cette idée de l'état de l'acte.

qu ils ne peuvent pas faire l'objet de prescription, non plus que de confirmation (22).

Bouhier reprend la même idée à propos de l'incapacité de la femme (23). Les nullités qui « ont pour principe l'intérêt public ... « sont appelées absolues en ce qu'elles peuvent être opposées par « toutes sortes de personnes et qu'elles anéantissent l'acte essentielle- « ment et radicalement en sorte qu'on le regarde comme non fait et « non avenu ... 14. D'habiles gens ont soutenu que ces mots ne peut» « (dans la coutume) suffisent pour former une nullité absolue. Car « selon eux *ils affectent la substance de l'acte* et ôtent le pouvoir de « faire la chose prohibée, negeant potentiam, qui est le plus grand des « défauts. A quoi ils ajoutent que quand la loi porte qu'on ne pourra « faire une chose que de telle ou telle manière, cela emporte une « forme et une *solennité essentielles à l'acte, sans laquelle il ne peut « absolument subsister*. D'où ils concluent que les actes faits par la « femme non autorisée contre la prohibition des coutumes sont « absolument nuls... ».

52. — Il ne faut voir dans toutes ces formules qu'un effort de clarté dans l'exposition et s'il s'y trouve l'ébauche d'une théorie, c'est par hasard. L'état de l'acte dont la notion transparaît n'est ici que la fiction qui éclaire certaines des solutions positives (24).

Seulement, une fois le Droit unifié dans un texte à portée nationale, la science juridique sera irrésistiblement portée à construire des théories générales.

La codification révèle avec force la notion d'ordre juridique qui ne s'imposait pas clairement aux époques antérieures de morcellement du Droit. Désormais, Etat, Nation et ordre juridique coïncident. L'unité révèle le système et pour en saisir la structure, la doctrine va développer les constructions intellectuelles.

Elle y sera portée d'autant plus volontiers que le Code civil ne contient aucune théorie des nullités. Digne héritier de l'ancien droit il se borne à édicter des solutions de détail — parfois abondantes, comme en matière de mariage — et c'est à peine si, dans ses articles 1304 et suivants, il dispose de quelques règles générales propres aux incapacités et aux vices du consentement.

Ce mouvement doctrinal va déformer les formules léguées par l'ancien droit : la fiction de l'état de l'acte deviendra le fondement

(22) D'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum Leges*, éd. 1613, articles 266-283.

(23) *Loc. cit.*, nos 12 à 14.

(24) Cf. Japiot, *Les Nullités*, p. 349 : « ... Le principe absolu de l'inexis- « tence aurait été parfois admis par les jurisconsultes romains ou français... Mais « cette considération n'était invoquée qu'à l'appui de la solution spéciale que « l'on proposait... On se garde bien de dire que cette idée s'impose pour toutes « les nullités... et pour toutes les questions qui peuvent se présenter au sujet « d'un acte nul... ».

de toutes les solutions au lieu d'en résumer certaines et la pratique, dans la mesure même où elle voit dans la nullité un moyen d'anéantir l'acte, va contribuer à l'essor de la théorie en portant les esprits à admettre que l'anéantissement qu'il s'agit d'obtenir rejoint un état naturel : il faut faire passer dans les faits un néant juridique logiquement nécessaire... Cette idée ne cessera de hanter notre droit.

B. — *Formation de la théorie classique au XIX^e siècle.*

53. — La naissance de la théorie « classique » des nullités est liée à l'interprétation des articles 280 et suivants du Code civil relatifs aux « demandes en nullité de mariage ». C'est l'école de l'exégèse, en la personne de l'un de ses plus fameux représentants, Demolombe, qui, pour des raisons contingentes, a donné le branle à ce puissant mouvement. Il a fallu attendre le début de ce siècle pour qu'une réaction se dessine dans la doctrine (25).

Appliquant sa méthode au Chapitre IV du titre relatif au mariage, Demolombe énonça le principe suivant lequel il n'y aurait pas de nullité sans texte en matière de mariage. L'acte est trop grave, trop proche encore peut-être du sacrement pour que le législateur tolère qu'on le remette en question, hors des cas qu'il énumère ; ces cas sont limitatifs — et par conséquent la logique du raisonnement mène à considérer comme valide tout mariage affecté d'une irrégularité que cependant les textes ne sanctionnent pas. La liste de ces irrégularités procédant de dispositions aujourd'hui abrogées (sauf l'art. 170) ou modifiées, était assez longue à l'époque (26). Or, certaines d'entre elles, procédant ou non de la violation d'un texte exprès, étaient si graves qu'il est inconcevable qu'une union contracté dans ces conditions pût demeurer valable.

Ainsi, le mariage du dément, lorsqu'il n'est pas conclu dans un intervalle de lucidité : l'article 184 ne renvoie en effet à l'article 146 que depuis 1933. Avant cette date, l'article 146 disposant « qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement », n'était pas expressément sanctionné de nullité. Ainsi, également, et bien que ces conditions ne figurent pas dans la lettre du Code, le mariage qui n'a pas été célébré, mais qui a été formé par la seule volonté des prétendus époux, comme l'union que pourraient former entre elles des personnes du même sexe.

Faut-il suivre jusqu'au bout les conséquences du principe et reconnaître ces unions comme des mariages valables ? Ce serait par trop violemment opposer la logique au bon sens ; les exégètes ont assez du second pour trouver dans les ressources de la première de quoi retomber sur leurs pieds.

(25) Cf. les auteurs cités *supra* n° 2, note 9.
(26) Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité de Droit Civil*, I, n° 1310.

54. — Si le législateur n'a rien dit, lui dont le verbe fait le Droit, c'est qu'il n'avait pas besoin de parler pour que ces mariages soient nuls.

Car ils sont nuls avant même que le Droit ne le dise. Plus que nuls : inexistants. Pourquoi y faudrait-il un texte ? « La loi n'annule pas le néant ! » (27).

Ainsi, avant d'être « juridique », l'acte doit déjà exister et c'est seulement dans la mesure où il existe que la loi vient le réglementer. Si donc l'existence précède l'essence juridique, là où il n'y a pas d'existence, la loi n'a rien à faire.

C'est le point de départ d'un raisonnement que notre théorie classique des nullités applique à tous les actes. Ou bien il y a violation des conditions légales et la réaction sera la nullité définie par les textes ; ou bien il y a méconnaissance des conditions logiquement nécessaires, et il n'y a pas à proprement parler de réaction, mais inexistence de l'acte, c'est-à-dire le néant sur tous les plans. Dans ce cas, la nullité ne concerne pas le Droit, mais résulte directement de la nature des choses : il est inutile, il est même impensable, que la loi intervienne ici et, comme aucune règle de droit ne vient réagir contre l'inexistence, son régime se définit de façon négative. C'est en quelque sorte le « relief en creux » des géographes.

Ainsi la confirmation est-elle inconcevable : confirmer c'est réparer, et l'on ne répare pas ce qui n'existe pas ; l'acte inexistant reste entièrement à faire...

Ainsi, n'y a-t-il pas d'action en déclaration d'inexistence, mais seulement celles du droit commun qui suffisent à dissiper l'illusion : contre un pseudo locataire dont le bail est inexistant, le propriétaire revendique...

Enfin, puisqu'il n'y a pas d'action propre, il ne peut y avoir d'autres prescription que celle de l'action du droit commun. D'ailleurs, comment le temps pourrait-il consolider le néant ? On doit plutôt dire qu'il n'y a pas de prescription.

55. — Il faut remarquer que si les postulats de la méthode exégétique, et essentiellement la « plénitude logiquement nécessaire de la loi écrite », sont à la base de la construction, c'est seulement par l'intermédiaire de cet accident historique qu'est le principe : « Pas de nullité sans texte ».

L'apport de l'exégèse, une fois créé le besoin d'une construction pour sauvegarder le principe, consiste simplement à attribuer implicitement la théorie de l'inexistence au législateur. Or, moins que cette légitimation assez artificielle, c'est le dynamisme propre de la construction qui l'a fait adopter et généraliser par la science juridique dans la seconde moitié du siècle. Sa rigueur a exercé une telle séduction sur les esprits qu'elle s'est trouvée étendue dans son principe même et, par là, dans ses applications : après

(27) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, III, n° 385.

le mariage, elle s'est emparée de l'ensemble des actes juridiques. A travers de multiples systèmes, elle est devenue et reste encore usuelle dans une large mesure.

§ 2. — Exposé de la théorie usuelle.

56. — L'œuvre d'Aubry et Rau illustre une première étape sur ce chemin. La notion d'acte conçu comme un organisme y est tout entière constituée.

Ces auteurs distinguent, parmi les conditions dont la réunion forme l'acte, celles qui sont « nécessaires », soit par une exigence rationnelle, soit en vertu de la loi, et celles qui sont seulement imposées dans un but secondaire. La violation des premières entraîne l'inexistence, la violation des secondes une simple nullité, relative ou absolue, dont le régime dépendra du caractère d'ordre public ou d'intérêt privé de la condition violée (28).

Beudant va plus loin. Il semble qu'avec lui la théorie trouve son maximum de rigueur : toutes les conditions de validité sont également nécessaires (il suffit d'ailleurs de s'entendre sur ce que l'on entend par conditions) (29). Mais l'irrégularité qui entache l'acte peut être soit l'absence complète de l'une de ces conditions, soit un simple vice qui l'affecte en partie (30). Dans le premier cas, l'acte n'a pas pu se former : il est non avenu, inexistant. Dans le second, il est seulement mal formé, infirme, malade, annulable.

On obtient ainsi une simplification extrême du régime des nullités : il n'y a en somme que des nullités relatives, sanctionnant le simple vice d'une condition. Pour le reste — absence totale d'une condition — l'inexistence absorbe la nullité absolue (31).

57. — Nous ne pousserons pas plus loin l'exposé des thèses particulières inspirées de l'inexistence chez les auteurs du XIX^e^ siècle comme dans les œuvres plus récentes. D'éminents auteurs se sont bien avant nous penchés sur le problème et ont mis en évidence son infinie variété (32). Disons simplement que, dans cette perspec-

(28) AUBRY et RAU, *op. cit.*, I, § 37, n° 230 : « L'acte qui ne réunit pas les « éléments que suppose ou sa nature ou son objet et en l'absence desquels il « est logiquement impossible d'en concevoir l'existence doit être considéré non pas « seulement comme nul, mais comme non avenu. Il en est de même de l'acte « qui n'a pas été accompagné des conditions et des solennités indispensables « à son existence d'après la lettre ou l'esprit du droit positif. L'inefficacité de « pareils actes est indépendante de toute déclaration judiciaire. Elle ne se couvre « ni par la confirmation, ni par la prescription. Il appartient à tout juge de « la reconnaître, même d'office. »

(29) Voir *infra*, n^os^ 72 et s.

(30) Voir en particulier note sous Req., 5 mai 1879, D.P., 1880, I, 145.

(31) COHENDY, « *Les intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public* », *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1914, p. 33 ; KAYSER, « *Les nullités d'ordre public* », *R.T.D.C.*, 1933, p. 1115, § 7.

(32) Voir en particulier les thèses précitées. Introduction, n° 2, note 9.

tive, l'opinion encore dominante à l'heure actuelle réalise une sorte de synthèse des positions marquantes d'Aubry et Rau et de Beudant (33).

Comme Aubry et Rau, on distingue trois régimes : inexistence, nullité absolue, nullité relative, suivant le fondement des règles substantielles violées.

L'inexistence figure pour mémoire : l'hypothèse de l'acte atteint d'un vice assez radical pour n'avoir pas même une apparence de validité est purement théorique et reste présentée comme telle (34), lorsqu'elle n'est pas purement et simplement écartée.

Par contre, certains de ses caractères servent à définir la nullité absolue, celle qui correspond à la violation d'une règle dont le fondement concerne l'ordre public. On dit en effet que les conditions qui sont rationnellement essentielles à la validité de l'acte concernent *ipso facto* l'ordre public. Le vice est alors trop grave pour que l'acte soit plus qu'une apparence que quiconque doit pouvoir faire tomber, et qui ne peut se consolider. Dans ce cas, l'action appartient à tout intéressé ; elle ne se prescrit que par le délai le plus long de l'article 2262 ; l'acte ne se confirme pas et il sera rétroactivement anéanti, ce qui doit mettre en accord le fait avec le Droit.

Inversement, si le fondement de la règle violée concerne un simple intérêt privé, l'acte, atteint d'une nullité relative dont l'action est réservée à certaines personnes, est plus qu'une simple apparence : il a pu se former, il existe. Mais il est incomplet, malade en somme, et son imperfection rend sa validité provisoire. Le vice qui l'affecte peut être réparé par la confirmation ou la prescription de 10 ans et alors cette validité devient définitive. Sinon, la nullité l'emporte suivant l'option du titulaire de l'action et, dans ce cas, la même idée d'inexistence se retrouve pour imposer un anéantissement rétroactif aussi rigoureux qu'en matière de nullité absolue.

58. — On voit ainsi comment la construction classique ajoute à la simple théorie impliquée par la définition que nous avons étudiée plus haut (35). Celle-ci suppose que les deux notions d'acte et de nullité (contenant et contenu) sont dans un rapport tellement étroit que la nature de l'acte commande celle de la nullité. Elle ne va pas plus loin.

C'est en réalité par une conception particulière de l'acte que celle-là vient en modifier les conséquences (36).

(33) Voir les ouvrages cités *supra*, n° 2, note 10.

(34) Voir en particulier l'article précité de Cohendy, *R.T.D.C.*, 1914, p. 33, comme celui de M. Kayser, *R.T.D.C.*, 1933, p. 1115. — Rappr. pour un examen de la portée de la notion d'inexistence en droit positif, le rapport de M. Durry à l'Association Henri Capitant, *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1965 — en particulier p. 617 (« Le rôle du juge ») et p. 625 (« La distinction de l'inexistence et de la nullité »).

(35) Voir *supra*, n^{os} 35 et s.

(36) Voir *supra*, n° 41.

Un texte de Japiot (37) expose cette conception de façon particulièrement saisissante :

« L'acte, dit (la théorie classique), est un organisme, un composé « d'organes divers qui, normalement, lorsque ces organes sont réunis, « naît, vit et se développe. D'où la conception de la validité et de la « nullité comme des manières d'être, des états différents de cet « organisme ».

Ainsi, l'acte est l'être formé par le rassemblement des conditions de validité que l'on assimile aux organes d'un être vivant. La nullité est l'état où se trouve cet acte lorsqu'il lui manque un « organe vital » ou que cet organe est amoindri ; ainsi validité et existence tendent à devenir synonymes et, par là, nullité et inexistence. Dès lors une géométrie aveugle suffit à déterminer le régime de cette nullité.

59. — La conception de l'acte-organisme a quelque chose de juridiquement monstrueux : d'une part l'agencement des règles n'est pas fonction d'un aménagement concret des intérêts en présence, mais d'une rhétorique *a priori* ; c'est l'originalité fondamentale de la théorie : nulle part ailleurs l'aménagement des situations par le Droit n'est aussi sèchement fondé sur la logique, nulle part la fiction n'étend plus loin ses effets...

D'autre part, l'idée suivant laquelle l'existence juridique suppose une exacte conformité aux principes du Droit occupe une place très supérieure à celle qui lui revient dans la réalité : expliquer la situation d'actes si monstrueusement éloignés de toute espèce de définition légale qu'ils ne concernent pas le Droit. En fait, et par une influence insidieuse, elle affecte toute la construction classique à commencer par sa nullité absolue : on est toujours tenté de dire que l'acte est soit conforme, donc juridique, soit non conforme, et ce n'est pas un acte juridique. N'étant pas juridique, l'acte irrégulier n'est l'objet d'aucune règle de Droit : la nullité-inexistence se passe de la loi. Dès lors, on ne peut s'empêcher de relier l'extension de la théorie classique à l'utilisation du terme de nullité pris dans son sens vulgaire pour désigner l'ensemble de notre problème (38).

(37) *Op. cit.*, p. 272 et s.
(38) Voir *supra*, n° 2.

CHAPITRE II

CRITIQUE DE LA NOTION D'INEXISTENCE

60. — La théorie classique conçoit la nullité comme l'état d'un acte objectivement inexistant : on dira que la vente est formée par la réunion des conditions fixées par le droit positif ; le contrat qui ne remplit pas ces conditions — non plus que celles d'un autre contrat nommé — n'existe pas juridiquement. L'exemple fait sentir les limites de cette notion : un mot s'impose, qui la caractérise, celui d'anachronisme (Section I). Nous allons voir qu'elle n'est pas seulement anachronique, mais qu'elle est également dangereuse (Section II), parce que, transportée dans notre droit et viciée d'une ambiguïté fondamentale, elle contribue à en déformer les solutions, même là où l'on n'a pas expressément recours à elle.

SECTION I

LA NOTION D'INEXISTENCE EST ANACHRONIQUE

61. — Il faut en effet chercher les traits qui apparentent la nullité à la notion moderne d'inexistence dans la structure formaliste de systèmes juridiques si archaïques (1) que l'on se demande s'il ne s'agit pas davantage d'hypothèses d'école que de réalités historiques : si toutes les conditions de son développement se trouvent apparemment réunies en droit romain classique, elles ont engendré cependant dans ce droit une structure tout à fait opposée à notre conception moderne de l'inexistence (§ 1). Elle est donc particulièrement déplacée dans un système non formaliste où elle ne peut s'appuyer ni sur la réalité juridique, ni sur une tradition historique sérieuse (§ 2).

(1) Pièdelièvre, *op. cit.*, p. 375 et s.

§ 1. — L'inexistence est liée à la structure formaliste des droits archaïques.

A. — *Les catégories réelles et l'inexistence.*

62. — Ce qui caractérise le droit des actes dans les systèmes archaïques, c'est un état fragmentaire dont la portée profonde peut être mise en lumière grâce au jargon des philosophes en opposant la « forme » à la « matière ».

Nous dirons que l'opération envisagée par les parties « en fait » constitue, au sens philosophique du terme, la « matière de ce que nous appelons l'acte en droit moderne ».

La forme, toujours au sens philosophique, est un moule où doit se couler la matière pour être juridiquement sanctionnée ; ce que Geny appelle une catégorie réelle (2). Dans la conception archaïque, la forme juridique est constituée par un nombre limité de schémas, ou de formes particulières, propres à recouvrir par conséquent un nombre limité d'opérations et telles qu'une part de la matière sociale reste nécessairement hors du Droit, faute de coïncider avec une « forme ».

Ainsi, les droits anciens fondés sur le principe des catégories réelles sont lacunaires. Ils ne peuvent se développer sous la pression des faits qu'en multipliant les formes, en accentuant un caractère d'abstraction propre à leur faire recouvrir le plus grand nombre possible d'opérations ; surtout, en évoluant du schéma matériel et symbolique, caractéristique du formalisme originaire (3) à la catégorisation intellectuelle qui constitue l'aboutissement et le perfectionnement extrême, à ce stade de la pensée juridique (4).

63. — Le droit des actes de la Rome classique donne un bon exemple de cet état où coexistent en nombre limité, d'une part les formes matérielles déjà considérablement épurées et abstraites (*stipulatio*, *mancipatio*, *injure cessio*, *contrats re*, etc...), mais héritées d'une époque, dont il n'est pas déraisonnable de supposer l'existence, où le droit tout entier se résumait en un ensemble de rites et, d'autre part, les formes intellectuelles relativement récentes (contrats consensuels).

Ce droit enserre les relations essentielles de la vie économique en juxtaposant les schémas. Ainsi, telle vente d'un fonds de terre italique sera conçue comme une mosaïque : d'abord la vente proprement dite (catégorie intellectuelle), puis une tradition pour

(2) *Science et technique en Droit privé positif*, III, n° 182, p. 17 ; rappr. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, p. 171.

(3) Roubier, *Théorie générale du Droit*, p. 94.

(4) Gény, *Science et Technique*, III, n° 194; p. 123, n° 263, p. 498 ; rappr. p. 19 et 150.

assurer le transfert (catégorie formaliste), des stipulations relatives aux obligations de garantie réciproques des parties (catégories formalistes), enfin, éventuellement et par exemple, un pacte de réméré (catégorie intellectuelle).

La relation juridique (la matière) est fractionnée entre ces formes indépendantes, et si certains de ses aspects demeurent hors de celles-ci, il n'y aura pas de sanction juridique en ce qui les concerne : même avec les ressources de la rouerie romaine, certaines opérations demeurent exclues du Droit comme telles ; ainsi, par exemple, l'échange et la donation (contrats innomés) — ce qui ne les empêche pas d'être matériellement réalisables, mais par un recours aux formes existantes... (5).

64. — Tant que règne la conception fondamentale selon laquelle le droit des actes est constitué par juxtaposition de formes limitativement énumérées, hors desquelles par conséquent il n'est point de sanction juridique, l'acte juridique est l'opération qui coïncide avec une ou plusieurs formes.

On conçoit dès lors une véritable géométrie dans la sanction :

— s'il y a coïncidence parfaite, l'acte, porté par le Droit, connaîtra toutes les conséquences ordonnées par ses règles ;

— mais si la coïncidence n'est pas réalisée, on a trois possibilités : ou bien il n'y a aucunement coïncidence — et il n'y a donc pas d'acte juridique du tout : l'opération est abandonnée aux mœurs...

Ou bien le défaut de coïncidence s'observe seulement vis-à-vis de la forme déterminée qui correspondait au vœu des parties, tandis que certains aspects de leur opération tombent dans le domaine d'une catégorie voisine. Elle sera donc partiellement consacrée de ce chef. On obtiendra un acte juridique d'une autre espèce...

Ou bien enfin, s'agissant d'une opération complexe, la coïncidence est partielle, soit que l'un des éléments de la relation considérée sorte du cadre de la forme, ou au contraire, fasse défaut, les autres éléments étant par ailleurs corrects ; soit que l'élément en question ne remplisse qu'imparfaitement les conditions posées pour la forme, et l'on conçoit à un stade déjà avancé de la pensée que l'acte ne soit consacré qu'en partie par le Droit : seuls certains de ses effets normaux seront abandonnés.

On trouve dans ce raisonnement l'essentiel de la notion d'inexistence dont l'inexorable rigueur séduira les auteurs du XIX^e siècle : validité et existence juridique sont une seule et même chose. Ainsi l'acte irrégulier ne fait à proprement parler l'objet d'aucune réaction de la part du Droit : simplement, la loi l'ignore et la nullité est la traduction de ce dédain...

(5) L'échange suppose deux aliénations croisées simultanément ; la donation, une vente dont le prix est fictif... Voir MONIER, *Manuel de droit ramain*, « Les obligations, » 5^e éd., 1954, p. 184 et s.

B. — *La place de l'inexistence en droit romain.*

65. — A Rome, le droit de l'époque classique est formé de catégories réelles. Tout paraît donc autoriser l'essor d'une doctrine comparable à celle de notre XIX^e^ siècle. Il n'en a pourtant rien été, bien au contraire.

Tout d'abord, l'histoire du droit romain est un effort constant pour restituer sur le plan juridique une certaine cohésion à l'opération qui demeure fractionnée entre les formes indépendantes du vieux droit quiritaire.

A l'époque classique, ce sera l'œuvre du préteur, intervenant en vertu de son imperium de magistrat (interdits), d'artifices de procédure (*actiones fictices, in factum, condictiones de injusta causa ou indebiti...*) ; de constructions nouvelles, extérieures au droit des actes (*exceptiones metus causa, de dolo malo*, etc...).

66. — D'autre part, l'ordre juridique romain est à cette époque dominé par l'opposition de deux systèmes distincts : le droit civil archaïque mais sacré, propre aux quirites et le droit prétorien, plus récent, imposé par la pratique commerciale et fortement inspiré du *jus gentium*. L'ensemble forme ce que nous appelons le droit romain classique. Mais il est douteux que, dans l'esprit du citoyen de cette époque, on puisse découvrir une notion aussi brutale : justiciables et praticiens avaient plutôt conscience que, pour être bien jugé, il fallait emprunter des règles à deux systèmes différents, et parfois, en particulier dans notre domaine d'étude, paralyser les solutions de l'un d'eux, le vénérable droit quiritaire, à l'aide des solutions de l'autre. C'est la marque d'un esprit pratique peu enclin aux spéculations théoriques... (6).

67. — Ces diverses circonstances expliquent sans doute comment le formalisme originel, qui réunit pourtant les conditions parfaites d'une théorie de l'inexistence comparable à celle que nous avons connue, engendre au contraire une construction incompatible avec ses principes. En effet, tout l'effort des juristes romains tend à éviter les conséquences rigoureuses de ce formalisme, dans la mesure où ils l'ont perçu, et à combattre les effets de l'inexistence tels que nous les avons vu plus haut (7). Ils l'ont fait essentiellement en prenant dans le droit prétorien tantôt de quoi valider les actes anéantis par le droit civil, tantôt de quoi paralyser ceux qu'il consacre.

Ainsi, dans l'exemple de la vente envisagé plus haut (8), l'application du droit civil entraîne la nullité du transfert, indépendamment

(6) Cette situation n'est pas sans analogie avec celle de l'ancien droit français, dans la mesure où le domaine des nullités s'opposait à celui — romain — des rescisions (cf. *supra*, n^os^ 46-47).

(7) *Supra*, n° 64.

(8) *Supra*, n° 63.

de l'existence de l'accord sur la chose et le prix : ainsi, supposons qu'il y ait eu simple tradition d'une *res mancipi* ; l'acquéreur n'est pas propriétaire quiritaire. Mais le préteur vient à son secours avec l'action publicienne : « action en revendication fictive, dans « laquelle le magistrat prescrit au juge de statuer comme si les « délais requis pour l'usucapion étaient achevés... » (9).

Inversement, l'acte vicié par la crainte ou le dol, valable selon le droit civil, heurte la conception classique de la justice et les besoins du commerce juridique : le préteur protège la victime de cette déloyauté. Il frappe l'auteur du dol ou de la violence considérés comme des délits prétoriens et, sous la menace d'une condamnation au quadruple, il l'oblige à réparer le dommage qu'il a causé — c'est-à-dire en principe à résilier l'acte (10).

68. — Ces deux exemples font apparaître que si les notions d'existence et d'inexistence formaliste sont à la base de la technique prétorienne, c'est comme un obstacle à vaincre, et non en tant que soutien des solutions positives. Le premier point est évident : il s'agit de tourner le vieux droit quiritaire. Le second est révélé par l'analyse du raisonnement prétorien : c'est une construction extérieure à l'acte.

Ainsi, dans le premier exemple, le préteur ne fait pas « comme si » l'acte existait, il affirme simplement que l'acquéreur doit être traité comme un propriétaire ayant usucapé. La fiction sert à définir la mission du juge pour des raisons propres à l'Ordo ; faisant appel à une catégorie voisine, elle reste étrangère à la question de savoir si l'acte existe ou non juridiquement ; on ne dit pas au juge « Faites comme si l'acte était valable », mais « sauf les conditions de « temps, vérifiez que sont réalisées les conditions de l'usucapion ».

Dans le second exemple, les choses sont plus simples encore : il n'est pas question de l'état de l'acte dolosif — mais seulement du délit dont il a été l'occasion. Le magistrat prescrit au juge d'en punir l'auteur — si ce dernier ne préfère pas renoncer aux effets de l'acte... »

Par conséquent, validité et nullité n'apparaissent pas seulement comme des états de l'acte, mais sont la conséquence directe du jeu des règles civiles et prétoriennes. En particulier, la nullité pour dol n'est pas la simple constatation que l'acte n'appartient pas au

(9) MONIER, *Traité de Droit romain*, I, p. 453, n° 274.

(10) Postérieurement à l'apparition de l'action *metus causa*, le préteur a délivré lui-même la *restitutio in integrum* qui s'apparente de plus près à notre nullité. Le texte de l'édit : *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo* pourrait faire penser à notre théorie de la nullité. Mais il ne faut pas voir là autre chose que l'image qui explique une solution particulière (voir *supra*, n° 52). D'ailleurs, on remarquera que l'édit ne dit pas *nullum est...*, mais : « *ratum non habebo* », c'est-à-dire « je ne tiendrai pas pour valable ». Cf. MONIER, *op. cit.*, « Les obligations » n^os^ 49 et s.

domaine juridique. Elle est la conséquence d'une « réaction » des règles prétoriennes (11).

69. — Mais il ne suffisait pas de remédier aux conséquences du formalisme primitif ; la même notion de réaction anime la nullité dans le domaine nouvellement ouvert du droit prétorien.

Le droit romain connaît en effet, à côté du formalisme ancien, « une certaine multiplicité de solutions variées représentant », écrit Japiot (12), « le maximum d'incohérence et d'inorganisation », solutions obtenues d'une part, comme nous venons de le voir, en luttant contre les conséquences possibles de l'inexistence primitive et, d'autre part, dans le domaine nouveau ouvert par les efforts combinés du préteur, des jurisconsultes et de la pratique, avec des moyens entièrement différents de cette technique archaïque.

Il s'agit toujours de procédés limités, adaptés étroitement aux besoins des situations dans le cadre desquelles ils ont à intervenir.

Comme dans les exemples examinés plus haut, il n'est aucunement question de fonder sur l'inexistence les solutions données aux problèmes de nullité.

Sans doute est-ce une conséquence des conceptions romaines en matière de droit judiciaire : on s'aperçoit en effet que l'état de la procédure qui joue un si grand rôle dans la formation du droit romain interdit toute espèce de recours à cette idée.

70. — Dans le cadre de la procédure formulaire, le juge ne peut pas condamner *ad ipsam rem*, mais seulement user d'une condamnation en argent qui joue un rôle comminatoire (13). Il ne peut donc faire remettre directement les choses en l'état, qu'il s'agisse d'une action réelle ou du procès qui suit le refus de se conformer au décret du préteur accordant la *restitutio in integrum*.

Il ne peut donc directement ni anéantir un acte, ni constater cet anéantissement. Surtout, il n'y pense même pas.

Ainsi, par exemple, la formule délivrée aux plaideurs ne demande pas aux juges de constater que, le débiteur étant mineur de 25 ans, il n'y a pas de contrat, elle lui enjoint, l'acte étant contraire à la *Lex Plaetoria*, de rétablir une situation qui heurte l'équité. Il le fait en obligeant les parties, sous la pression de la condamnation pécuniaire, à rescinder leur acte par la même procédure qui entraîne la résiliation du contrat infecté de dol ou de métus dans le domaine déjà examiné où se chevauchent droit civil et droit prétorien.

Les solutions romaines s'avèrent donc étrangères à l'idée d'inexistence. Ainsi, la doctrine émise par Demolombe et à qui, nous l'avons

(11) La solution est comparable à celles de l'ancien droit français : les lettres de rescision réagissent contre l'acte... Cf. *supra*, n° 47.

(12) *Op. cit.*, p. 82.

(13) C'est un *judicium arbitrarium* dont le nom ne semble d'ailleurs pas généralisé avant Justiniem. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, I, 1935, n° 139.

vu, l'appui de l'ancien droit français fait défaut, n'en saurait trouver aucun autre dans le droit de la seule époque, qui nous soit accessible où se trouvent réunies ses conditions nécessaires.

§ 2. — Le droit moderne n'est pas un droit formaliste.

71. — C'est donc à un état du droit périmé depuis de nombreux siècles (en supposant qu'il ait été vraiment positif...) que correspond la notion d'inexistence. D'autre part, en cherchant à s'en servir comme d'un instrument juridique, en y voyant une notion féconde la doctrine moderne paraît commettre un contre-sens : comme l'exemple romain le fait sentir, l'inexistence est un obstacle (14). Il est paradoxal de l'utiliser pour fonder des solutions juridiques.

Mais reprenons les données du problème. La notion d'inexistence correspond à une structure formaliste du Droit que nous avons caractérisée rapidement par l'opposition de la forme constituée par des catégories réelles et de la matière constituée par des relations de fait.

Or, avec l'apparition de principes généraux comme fondement des règles de Droit, la notion de modèle, de catégorie a changé de sens (15).

La catégorie réelle, a fait place à la catégorie « spécifique », simple construction théorique. Il est donc extrêmement artificiel de concevoir l'acte juridique comme un organisme, dans la mesure où il évoque seulement quelque image théorique : d'abord ses conditions de validité peuvent très difficilement être considérées comme des organes (A) ; ensuite le caractère contingent des catégories spécifiques que sont, en réalité, nos actes juridiques, interdit de recourir aux raisonnements qui seraient de mise dans le cadre des catégories réelles (B), et en particulier la notion d'inexistence.

A. — *Les conditions de validité ne sont pas des organes.*

72. — La thèse de l'acte-organisme repose sur le postulat que chaque acte juridique est constitué par la réunion d'un nombre déterminé d'éléments conformes à un type donné : qui dit organisme, dit organes. Or, dans notre droit, ces organes s'avèrent insaisissables à qui s'efforce de les analyser de façon précise.

Supposons pourtant l'existence d'organes dont la réunion ferait l'acte. Pour découvrir et étudier chacun d'eux, il faut considérer les faits de formation, l'opération qui donne vie à l'acte.

Il faut chercher les exigences essentielles de la réglementation applicable à ces faits (16) ; celles dont la violation entraîne la nullité.

(14) Voir *supra*, n° 67.

(15) Rappr. Piédelièvre, *op. cit.*, p. 376 et s.

(16) Il paraît vain d'opposer les exigences « naturelles » (rappr. citation d'Aubry et Rau, *supra*, n° 56, note 28) aux exigences légales. Il y a en réalité

Il s'agit alors de vérifier si, comme le suppose la théorie classique, les conditions de validité sont des éléments doués d'une existence objective créant l'acte par leur seule agglomération, un peu comme les pierres font un mur.

La théorie suppose en effet une sorte de géométrie : l'acte X, c'est l'ensemble des conditions A, B, et C, tellement que X = A + B + C et que, s'il manque A ou B ou C, il n'y a plus de X, mais une chose informe ou, en tout cas, différente.

Ainsi, pour qu'il y ait vente, il faut un accord des parties capables sur la chose et sur le prix. Faute de consentement ou de capacité, il y a paiement et livraison indus ; faute de prix, ce peut être une libéralité, mais il n'y a pas de vente...

Or, sans qu'il soit besoin de dresser un catalogue des conditions de validité, on s'aperçoit rapidement qu'elles ne répondent que de très loin à la notion d'organe. Tant en ce qui concerne l'acte juridique en général que pour chaque acte en particulier, l'analyse dégage des conditions d'une extrême variété dont la réunion ne peut suggérer l'idée d'un organisme que par une simplification très grossière.

73. — Si nous considérons tout d'abord l'acte juridique en général, il faut nous attacher à ces constantes qui forment le noyau de tous les actes du droit privé : indépendamment des conditions qui sont propres à chacun d'eux, tout acte juridique doit réunir des conditions générales de capacité, de consentement, d'objet, de cause et, pour certains, de forme (17).

L'acte, quel qu'il soit, où elles font défaut, est nul. Ces conditions, communes à tous les actes, sont-elles des « organes » communs ? On est contraint de répondre qu'il n'en est rien, au moins sur le plan de généralité où nous venons de poser la question, car elles n'ont pas la même portée, la même valeur pour tous les actes où elles figurent.

Ainsi, les jeunes époux dont le consentement est vicié — ou qui, incapables, sont irrégulièrement autorisés — contractent un mariage nul, de nullité relative. L'action est réservée, enfermée dans des

deux domaines — le domaine social et le domaine du Droit — qui sont étroitement liés, mais dont chacun dispose d'une structure autonome. Ainsi leurs manifestations ne se recouvrent qu'approximativement, chacune obéissant à la logique propre à son domaine : les catégories juridiques ne reproduisent que certains des aspects des phénomènes sociaux. Là même où les deux ordres de phénomènes se rapprochent le plus, le Droit réalise toujours une simplification de la matière sociale (cf. chez GÉNY, *Science et Technique*, III, Chap. 3, nos 196 et 198 : « La réduction simplificatrice des éléments substantiels du Droit »).

Sans doute les mêmes sortes de difficultés se posent-elles à peu près dans les mêmes termes dans chacun de ces domaines (déterminer par exemple les conditions de la filiation sociologiquement et juridiquement...).

Mais il n'est pas de bonne méthode d'opposer aux réalités de l'un les nécessités de l'autre. Tout au plus peut-on estimer — *de lege feranda* — que le Droit s'éloigne trop des faits — ce qui n'est pas du tout la même chose.

(17) Voir l'article 1107 du Code civil.

délais très stricts ; elle disparaît par confirmation du mariage. Par contre, les conventions matrimoniales passées dans les mêmes conditions, presque dans le même temps, et affectées des mêmes vices, ont pu être considérées comme nulles de nullité absolue jusqu'à la loi du 13 juillet 1965 : l'action appartenait à tout intéressé ; elle se prescrivait par trente ans et la confirmation en était impossible une fois le mariage célébré.

De même, si la vente de la chose d'autrui est nulle, faute d'objet, il s'agit pour la jurisprudence d'une nullité relative ; mais l'hypothèque de la chose d'autrui est sanctionnée de nullité absolue, le vice étant par ailleurs identique.

Les incapacités de jouissance entraînent des nullités radicales, absolues, mais si l'incapable est mineur, la nullité est relative. On a pu noter de la même façon les différences du régime qui opposent le dol et la captation s'agissant du même vice, mais dans des domaines différents : celui des actes onéreux et celui des libéralités (18)... On relèvera que si la vente de la chose d'autrui est nulle pour le tout, la vente de la totalité de l'immeuble indivis par l'un des copropriétaires ne l'est que pour partie tant que le partage n'est pas réalisé.

De tels exemples montrent bien qu'il n'y a pas en réalité autre chose que des conditions générales de validité que leur similitude permet de rapprocher, mais qui, n'ayant pas exactement la même valeur partout, ne sauraient être considérées comme des « organes » communs à tous les actes juridiques : ces organes n'existent pas.

Mais existent-t-ils, soit au niveau de chaque acte particulier, soit au niveau de certains types d'actes ?

74. — Il n'est pas nécessaire d'analyser les composantes de chacun des actes du droit privé pour répondre négativement : les notions générales suffisent, assorties de quelques exemples particuliers.

Tout d'abord, le rapprochement condition — organe peut se faire à la rigueur s'agissant de conditions positives : l'exigence d'un objet licite ; de la capacité ou d'un pouvoir ; d'une formalité, d'un juste prix, etc... Mais on trouve aussi des conditions purement négatives : absence de fraude, de liens de parenté, ou de certaines relations juridiques ou de fait (19). Il est peu satisfaisant de considérer les conditions négatives comme des « organes » — et pourtant on ne peut traiter ces conditions différemment des autres sans méconnaître le droit positif.

C'est que les conditions négatives paraissent moins « essentielles » que les autres, en ce qu'elles n'ont pas de rapport direct avec la substance de l'acte — mais sont souvent inspirées de considérations

(18) Jean GUYÉNOT, « Les suggestion et la captation en matière de libéralités dans leurs rapports avec l'action de dol », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1964, p. 199.

(19) Articles 161 et s. 450, 472, 909, etc. du Code Civil ; 40 de la loi du 24 juillet 1867, etc.

extérieures et, par là, semblent appartenir plutôt à d'autres institutions : famille — tutelle — successions — sociétés — que celle où elles figurent à titre de condition : vente — donation — testament, etc...

On conçoit par exemple que le dol, qui peut s'analyser en une erreur provoquée par des manœuvres, emporte la nullité à raison de cette erreur (20). L'ouverture de l'action pour dol à côté de l'action pour erreur se justifierait alors par une facilité de preuve : les manœuvres rendent vraisemblable l'erreur purement « interne »... Mais on peut également considérer que l'auteur du dol est en faute et doit être puni.

On donnera alors une action à son cocontractant dans les hypothèses où la seule erreur ne suffirait pas — s'agissant par exemple de la valeur de l'objet ou d'une qualité accessoire. Le droit positif paraît fixé sur cette deuxième notion du dol (21).

Il en va de même *a fortiori* en matière de fraude paulienne : dans ce cas, l'interférence avec les règles de la responsabilité civile est particulièrement évidente... Mais alors, dès que l'on considère l'acte comme un organisme, ces considérations paraissent étrangères à son économie : l'acte est parfaitement constitué par la réunion des conditions positives : il « existe » déjà lorsqu'il est frappé, comme de l'extérieur (22).

On est donc amené à constater que nombre des conditions, bien qu'indispensables à la validité de l'acte, parce que sanctionnées de nullité, peuvent difficilement être considérées comme des organes, parce que l'être qui naîtrait de leur réunion n'aurait pas de contour précis ; on ne voit guère où seraient ses limites.

75. — Mais cette considération ne vaut pas seulement pour celles qui s'inspirent d'éléments extérieurs à l'acte. Il en va de même *a fortiori* dans certaines hypothèses où l'invalidité se fonde sur une condition contemporaine de la conclusion, mais concernant un événement postérieur — voir simplement éventuel. Ainsi de la règle portée par l'article 1975 du Code civil : le contrat de rente viagère est nul si le crédirentier meurt 21 jours après la conclusion ;

(20) Voir E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 70 et s.

(21) Conformément à la tradition historique : voir la répression du dol considéré comme un délit prétorien en droit romain classique ; rappr. *supra*, n° 67.568.

(22) Rappr. les textes de Pothier, *Traité des obligations*, I, Chap. I, art. III, § II, 21 : « Si le consentement de quelqu'un des contractants a été extorqué « par la violence, le contrat est vicieux. Au reste, comme le consentement, « quoiqu'extorqué par la violence, est un consentement tel quel... on ne peut « pas dire, comme dans le cas de l'erreur, qu'il n'y ait point eu absolument « de contrat. Il y en a un, mais il est vicieux... ».

§ III, 29 : « Lorsqu'une partie a été engagée à contracter par le « dol de l'autre, le contrat n'est pas absolument et essentiellement nul, parce « qu'un consentement quoique surpris ne laisse pas d'être consentement ; « mais ce contrat est vicieux... ».

peut-on considérer le décès, ou plutôt son absence, comme un élément, un organe de l'acte ?

Une difficulté comparable apparaît lorsqu'une libéralité porte atteinte à la réserve héréditaire. Sans doute, s'agissant d'une donation intrinséquement valable, parce que raisonnable au regard du patrimoine du défunt et qui est cependant réduite parce que ce patrimoine a dépéri, n'y a-t-il guère d'analogie avec la nullité. Mais la libéralité outrageuse, qui excède manifestement la quotité disponible dès le moment où elle est effectuée, peut-elle être considérée comme valable *ab initio* ? Il semble qu'elle est inefficace dès l'origine, en vertu d'une réaction qui a tous les caractères de la nullité (23). Pourtant, l'invalidité est suspendue à l'existence et au rang des réservataires ; quant à la mesure, elle dépend de la valeur de la quotité disponible ; et tout cela n'est fixé qu'au jour du décès, longtemps après l'acte...

76. — Ce dernier exemple fait apparaître une nouvelle difficulté : peut-on considérer la donation réductible comme manquant objectivement d'un organe essentiel lorsque le droit d'imposer son maintien ou sa réduction appartient à certaines personnes et non à d'autres — parmi celles que l'acte intéresse ? Le problème est général : de très nombreux vices sont relatifs. La condition viciée donnera ou ne donnera pas ouverture à nullité suivant la personnalité qui l'envisage. Peut-il s'agir d'un organe qui dans le même temps existe — pour ceux qui ne peuvent agir en nullité — et pourtant fait défaut vis-à-vis des titulaires de l'action ?

Ainsi, l'acte frauduleux et sans effet pour le créancier (art. 1167) n'en est pas moins valable à l'égard des parties et de leurs ayants cause. Il en va de même en matière de simulation : l'acte apparent est réel pour les tiers ; mais la contre-lettre lie les parties (art. 1321) ; inversement, celui qui, par la confirmation, renonce au droit d'invoquer la nullité ne peut porter atteinte au droit acquis par les tiers qui comptaient sur cette nullité (art. 1338). Voilà qui paraît cette fois radicalement incompatible avec la notion d'un organisme existant en soi parce que formé d'éléments doués d'existence objective.

77. — Mais cette notion rencontre dans cette même perspective une dernière difficulté ; il arrive que des considérations parfaitement étrangères à l'acte mènent tantôt à considérer comme valide un

(23) A l'origine de la réduction des libéralités pour atteinte à la réserve on trouve la *querela inofficiosi testamenti* — action en nullité du testament pour insanité d'esprit présumée... Voir PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité*, tome IV, n° 1826, p. 587. Le lien de la réduction et de la nullité apparaît clairement dans le cas de legs faits par des mineurs. Le testateur a-t-il moins de seize ans, le legs est nul pour le tout — a-t-il seize ans révolus, il est réductible à la quotité spéciale de l'article 904 du Code civil. On peut estimer qu'il s'agit ici d'une nullité partielle... Voir en ce sens PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, IV, n° 2035, p. 623.

acte objectivement informe, par le défaut des conditions les plus essentielles ; tantôt comme invalide un acte qui, au contraire, réunit toutes les conditions intrinsèques.

Ce sera le cas du mariage atteint d'une nullité radicale pour bigamie ou inceste, et que pourtant la bonne foi de l'un des époux rend putatif à son égard, comme à l'égard des enfants communs. Si la monogamie doit être considérée comme un élément objectivement nécessaire à l'existence d'un mariage, comme un organe de cet acte, la bonne ou mauvaise foi des époux change-t-elle quoi que ce soit à l'existence objective du mariage antérieur ?

De même, l'acte apparemment lucide passé par un dément dont l'interdiction n'a pas été demandée et dont la nullité peut être poursuivie en son nom pour absence complète de consentement, sera brusquement consolidé par la mort de son auteur (24), qui n'a pourtant aucun rapport avec un vice qui existait objectivement depuis la conclusion.

De même enfin, lorsqu'un propriétaire vend le même immeuble à deux acquéreurs successifs, l'article 1599 frappe de nullité la seconde aliénation : *nemo plus juris*... Cependant, si celle-ci est transcrite la première — et sous réserve du concert frauduleux des parties — bien qu'originairement « inexistante », elle produira les effets de l'acte valable, tandis que celle-là, originellement irrégulière, sera réduite aux dimensions d'une poursuite éventuelle en dommages-intérêts de l'acquéreur contre le vendeur.

78. — Il semble par conséquent que la thèse de l'organisme soit difficilement soutenable : elle ouvre l'alternative soit de considérer comme des organes objectifs de l'acte, non seulement des conditions de validité négatives extérieures ou postérieures à l'acte, mais encore des conditions parfaitement contingentes — soit de renoncer à rendre compte d'une part importante des réalités juridiques en la matière. C'est que seules les catégories réelles du droit primitif pouraient lui fournir un terrain propice. Mais notre droit ne connaît plus que des catégories spécifiques dont la souplesse explique suffisamment l'échec de la théorie de l'acte organisme : l'acte juridique est en réalité une simple catégorie spécifique. Il reste à définir cette notion.

B. — *L'acte juridique, catégorie spécifique.*

79. — L'apparition de grands principes comme celui du consensualisme correspond à une conception du phénomène juridique où la catégorie s'efface devant la règle. C'est l'enchaînement des règles qui constitue la structure actuelle du Droit (25). Ainsi, la règle est

(24) Article 504 du Code civil.

(25) Cf. Motulsky, *Principes*, Chap. I, p. 92 ; Virally, *La pensée juridique*, p. XXXIV.

l'élément de base de cette structure (26) aux lieu et place de la catégorie — et le principe fondamental en quoi s'est dissoute la catégorie est une règle (27).

Cependant, à défaut de catégories « réelles », il subsiste dans notre science ce que Gény appelle des « catégories spécifiques ». De même que la formalité matérielle, cessant tout à fait de se confondre avec la « forme » philosophique, répond dans notre droit à des besoins pratiques (28) qui n'intervenaient pas directement pour fonder sa fonction archaïque, de même les catégories, subordonnées désormais aux principes, ont perdu la vertu de conférer l'existence juridique aux opérations qu'elles recouvrent. Ce sont de simples constructions théoriques qui groupent les règles de Droit (29) pour assurer leur libre jeu et la cohérence de l'édifice (30). Cessant d'être *la* « forme », la catégorie n'est plus toute la technique juridique, mais seulement l'un des procédés de cette technique. Procédé utile, mais dangereux (31), sujet à de perpétuelles révisions de la part des interprètes astreints à assouplir le Droit pour lui faire épouser les mille détours de la vie (32).

80. — Dans ces conditions, les catégories que nous connaissons en matière d'actes juridiques : vente, louage, testament, mariage, etc... ont pour fonction d'assurer leur plein effet aux règles positives et d'en coordonner les dispositions.

Elles sont vis-à-vis des règles dans le rapport de moyen à fin ; ce sont de simples procédés de mise en œuvre : les traductions de certaines des figures réellement tracées par l'enchevêtrement des règles. Elles n'ont donc pas d'existence objective — pas d'organes — mais un sens qui varie en fonction des règles. Ce sont des constructions théoriques, même s'il s'en trouve d'incorporées aux sources formelles du droit écrit.

On se convaincra de leur caractère contingent parce que fonctionnel en constatant l'ambivalence de la plupart d'entre elles : Gény l'a clairement montré à propos du partage (33). Il existe une notion de partage au sens des règles qui établissent l'effet déclaratif des opérations mettant fin à une indivision et ce n'est pas celle de partage au sens d'opération rescindable pour cause de lésion qui diffère du partage considéré « sous le point de vue des dangers

(26) Virally, *op. cit.*, p. 9, note 9.

(27) Voir l'exposé de Kelsen sur la « systématisation dynamique », *Théorie pure du Droit*, p. 258.

(28) J. Flour, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Etudes Ripert* ; I, p. 93.

(29) Gény, *op. cit.*, n° 218 ; Motulsky, *op. cit.*, I, Chap. III, p. 24.

(30) Gény, *op. cit.*, n^{os} 221-222 et Husson, *Les transformations de la responsabilité*, P.U.F., 1948, Chap. III.

(31) Gény, *op. cit.*, III, p. 169.

(32) C'est le problème de l'incorporation des catégories dans les sources formelles du droit positif — essentiellement la loi écrite.

(33) *Sciences et Technique*, III, p. 148-149.

qu'il recèle pour les incapables... ». On pourrait aisément multiplier ce genre d'exemples (34). Tout cela met en relief la subordination des catégories aux dispositions normatives (35).

81. — C'est à cette idée que l'on doit rattacher la possibilité communément reconnue d'opérations *sui generis* sanctionnées par le Droit grâce à la généralité des principes et sans recours aux catégories spécifiques (35').

Désormais — et la chose est surtout perceptible dans le domaine économique — le Droit n'a plus de ces lacunes qui caractérisaient le stade antérieur. Il est inutile d'opposer à cet égard la « forme », devenue un ensemble de « principes... vastes, élastiques, mous et presque flasques » (36) à la « matière » : toutes les opérations projetées sont, en principe, juridiques, pourvu qu'elles tombent dans le champ d'application d'une règle. Elles ne peuvent plus se trouver hors du Droit par le seul fait de contrevenir à certaines de ses dispositions positives (37).

La multiplicité et la minutie assez rigides des règles impératives dans notre droit le plus récent raréfie les vérifications pratiques de cette possibilité : elle demeure rationnellement intacte ; on le vérifiera par l'observation courante de la combinaison d'éléments empruntés à plusieurs catégories, rendue nécessaire par la complexité de certaines relations : son admission découle de la possibilité de principe d'opérations entièrement *sui generis*.

82. — D'autre part, si la catégorie « vente », « louage », etc... n'a pas à proprement parler d'existence objective, étant seulement l'image d'un nœud de règles coordonnées, l'appartenance d'une opération à cette catégorie ne peut avoir le sens d'une identification ; l'acte particulier qualifié de vente ou de louage ne peut être la reproduction exacte d'un modèle qui reste relativement imprécis. Mais il suffit qu'il s'en approche par quelque côté et les règles correspondantes s'appliqueront en vertu d'une définition précise cette fois : règles substantielles ou règles de réaction que la construction intellectuelle de la vente ou du louage désigne à l'interprète. Ceci n'exclut nullement que par certains de ses aspects il justifie éventuellement l'application de règles appartenant normalement à une autre cons-

(34) Voir la suite du texte de Gény, p. 151 et s. ;

(35) Cf. Gény, *op. cit.*, III, p. 126.

(35') Voir Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, p. 448 et s. « Le recours à l'innomé ».

(36) Gény, *op. cit.*, III, p. 126.

(37) Pour saisir l'ampleur de l'évolution, il faut comparer le sort de la situation de droit privé à celui des faits que régit le droit criminel resté dans une certaine mesure au stade antérieur pour des raisons qui lui sont propres. La situation qui ne coïncide pas parfaitement avec les catégories criminelles n'a pas d'existence pénale ; par contre, notre droit consacre la relation qui n'est pas exactement recouverte par une « catégorie » de droit privé, voire même qui ne l'est pas du tout...

truction (38). Il lui suffit de correspondre à quelque règle de droit positif, indépendamment même de toute construction...

83. — Ainsi, le seul fait de ne correspondre à aucune des catégories juridiques existantes ne peut pas suffir à priver un acte de tout caractère juridique. Bien plus, il est sans incidence directe sur la validité : pour la compromettre il faut une violation de la loi. Or l'acte innomé est en principe légal.

Pourtant la doctrine classique commet ici une confusion désastreuse qui est la source de multiples inconvénients.

SECTION II

LE DANGER DE L'INEXISTENCE

84. Retenue par la doctrine classique à travers la conception périmée de l'acte-organisme, la notion d'inexistence repose en effet sur une équivoque : en l'extrapolant dans le domaine des catégories spécifiques, on en arrive à confondre les conséquences normales du fait qu'un acte n'entre pas dans l'une de ces catégories avec celles qui découleraient de sa non conformité à une catégorie réelle (§ 1). Il en résulte une aggravation considérable des inconvénients déjà lourds d'une transposition dans notre droit de la notion d'acte-organisme (§ 2).

§ 1. — L'équivoque de la notion d'inexistence.

85. Lorsque le Droit est formé de catégories réelles, les deux notions d'inexistence juridique et de catégorie coïncident. On est placé devant une alternative : ou bien l'acte s'identifie à la catégorie réelle et il existe juridiquement, il est valable — ou bien il ne s'identifie pas et il ne concerne pas le Droit.

Il en va tout autrement dans un droit comme le nôtre. Là, plus de catégories réelles, mais de grands principes, des normes très générales et des catégories spécifiques.

Le problème des bornes du Droit est moins clairement posé : il n'en subsiste pas moins. Mais si les catégories réelles déterminent de façon rigide le champ d'application du Droit, c'est une déter-

(38) Ainsi la donation partage — qui participe de la donation et du partage — ainsi la plupart des contrats usuels : par exemple celui qui est passé entre la Compagnie des wagons-lits et le voyageur, est à la fois un contrat de transport et un contrat d'hôtellerie et mêle à ce dernier titre les règles de l'entreprise et du dépôt à des règles propres...

mination souple d'un champ beaucoup plus étendu dont la notion de catégorie réelle est absente, que réalisent les principes généraux. Par contre, si l'on rencontre des problèmes de frontière entre catégories, et même l'hypothèse où un acte n'entre dans aucune d'entre elles, ces problèmes se posent *a priori* à l'intérieur du système juridique ; ils ne concernent pas *ipso facto* la détermination de son champ d'application ; d'ailleurs ce n'est pas la validité de l'acte qui est directement mise en cause, mais son régime.

Dans ces conditions, l'inexistence peut exprimer de nos jours l'état d'une situation dont le Droit se désintéresse, indépendamment de toute idée de catégorie. C'est là sa portée originaire, sa nature propre (39). Un raisonnement voisin peut exprimer également l'inappartenance à telle catégorie donnée — mais alors il ne s'agit plus à proprement parler d'inexistence, puisque la situation considérée n'en est pas moins juridique. Enfin, une dernière extension assimile la violation de la loi à l'inappartenance à une catégorie artificiellement taillée pour « expliquer » la nullité (40).

86. — Dans le premier cas, il n'est pas rationnel de parler de sanction juridique : le Droit ne réagit pas, il ignore. On peut à ce propos paraphraser Demolombe : le néant se sanctionne lui-même. Cela ne fait pas un phénomène juridique (41). Il s'agit seulement de traduire une réalité essentiellement extrajuridique... Dans les deux

(39) C'est à cette notion que correspond le « minimum de base » que recherche Piédelièvre pour soutenir les effets produits par l'acte malgré la nullité. Il suffit que l'acte intéresse le Droit par quelque côté pour qu'existe ce minimum de base, *op. cit.*, p. 349 : « ... Mais si l'acte présente un aspect tellement « informe qu'on ne puisse plus apercevoir ce que les parties ont voulu faire, « ou même si elles ont voulu quelque chose (cas de l'acte fait par un dément, « cas de l'acte fait *jocandi causa*), alors il n'y a pas lieu de s'efforcer de limiter « la nullité...». Rappr. Cohendy, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1914, p. 33, qui utilise « à peu de chose près la même idée : « Les origines historiques nous enseignent « que l'inexistence trouve son fondement non dans les prescriptions légales, « mais dans l'impossibilité où se trouve l'esprit le plus scrupuleux de concevoir « qu'il y ait dans telle circonstance autre chose qu'une vaine tentative... », p. 36 et s.

(40) Limiter les cas de nullité aux hypothèses d'absence d'organe, c'est amputer la notion de violation de la loi — ou tout au moins la déformer au-delà du vraissemblable : ou bien il faudrait renoncer à rendre compte des cas où l'acte réunissant tous ses organes est pourtant nul parce qu'il viole la loi, par exemple par son but illicite ; ou bien, on se condamne comme le fait la doctrine classique, à définir des organes « négatifs » (ne pas avoir de but illicite). Voir *supra*, n° 74.

(41) Peut-être doit-on trouver ici l'explication de l'attitude des jurisconsultes anciens : il ne semble pas qu'ils aient jamais utilisé l'inexistence comme instrument juridique — c'est comme un obstacle au commerce juridique, ce qu'elle est effectivement dans la mesure où elle coïncide avec la frontière du système juridique, qu'ils l'ont confusément aperçue.

On comprend également le caractère marginal de son utilisation par la doctrine classique : nous avons noté plus haut qu'elle figure pour mémoire en quelque sorte, dans les exposés du droit des nullités et recouvre précisément les problèmes qui sont tellement à la limite du Droit que les illustrations concrètes en sont pratiquement « inexistantes... » (Voir *supra*, n° 57).

autres cas, c'est par une déformation du sens originaire que l'on parlerait d'inexistence : sans doute le raisonnement est-il, au point de départ, analogue à celui qui valait dans le cadre du système archaïque ; mais l'essentiel est désormais ailleurs ; il s'agit de découvrir les règles qui vont s'appliquer à un acte qui intéresse le Droit, que ce soit pour développer les conséquences de sa validité, ou pour organiser sa nullité.

Mais alors, le recours à l'inexistence est une image parfaitement insuffisante. Ainsi par exemple, il est sans doute permis d'affirmer que si la loi appelle mariage l'acte qui répond à une certaine définition, celui qui répond imparfaitement à la définition n'est pas un mariage ; seulement cette affirmation est à elle seule sans intérêt du point de vue juridique (42).

On est en effet devant l'alternative suivante :

— ou bien l'acte ne correspond ni de près, ni de loin à aucune définition légale, et il ne concerne pas le Droit ;

— ou bien cet acte, tout en étant très éloigné de la définition légale « ressemble » suffisamment au modèle donné par cette définition pour intéresser le Droit. Et, de ce fait, il existe juridiquement, éventuellement en tant qu'acte contraire au Droit ; dans ce dernier cas, des règles s'appliquent qui séparent les époux, fixent le statut des enfants, déterminent les bases de liquidation du régime, etc. La simple constatation « ce n'est pas un mariage » ne suffit pas à faire intervenir ces règles.

87. — Mais l'inexistence n'est pas seulement une explication trop faible, elle est aussi dangereuse parce qu'elle porte l'interprète à exiger des règles qui organisent la nullité qu'elles imposent un anéantissement censé équivaloir au rejet hors du Droit.

Ainsi, l'inexistence proprement dite, dans la mesure où elle exprime le franchissement des bornes du système juridique, demeure en tête des exposés les plus classiques (43) pour rappeler qu'un acte peut être monstrueux au point de n'être même pas juridique. Il s'agit d'un rappel dont l'utilité pratique est mince.

(42) L'exemple romain prend ici toute sa valeur. A l'époque classique, dans la mesure où coexistent au sein d'un même ordre juridique des dispositions issues de deux systèmes, dont l'un est archaïque, qui régissent simultanément les mêmes situations, il ne peut y avoir de conflit de lois au sens moderne du terme. Tout doit fonctionner comme dans un système unifié : ainsi les situations excommuniées par le droit civil intéressent en réalité le droit prétorien — et les catégories réelles du premier ne sont que des catégories spécifiques lorsqu'on les considère dans l'ensemble du droit romain.

Ces situations sont sans doute inexistantes au regard du droit civil ; mais cette inexistence est sans intérêt, sinon même très gênante, dans la mesure où elles peuvent être en même temps soit régulières, soit irrégulières, en tout cas juridiques, au regard du droit prétorien. Dans tous les cas, il s'agit de les réglementer. Cela suppose un raisonnement dynamique que la notion d'inexistence, purement négative, est incapable de suppléer, et nous avons vu plus haut (*supra*, nos 67-68) qu'elle lui restait parfaitement étrangère.

(43) *Supra*, n° 57.

D'autre part, dans la mesure où, par extension, la même idée exprime le franchissement des limites d'une simple catégorie, l'« inexistence » ne peut exprimer qu'une vue entièrement négative. Elle est incapable de rendre compte de l'exacte amplitude de la réaction. Ceci suffirait à expliquer les insuffisances de la thèse de l'acte-organisme.

Mais on est obligé de constater que la distinction n'est pas faite clairement entre le rôle de l'inexistence proprement dite et celui de ses notions dérivées : la doctrine classique tend à lier ces notions et à imposer aux actes juridiques une nullité qui les rejette hors du Droit dans tous les cas. C'est à ces deux points de vue qu'il faut apprécier les inconvénients de cette thèse de l'acte-organisme.

§ 2. — Les inconvénients de l'acte-organisme.

88. — Dans notre droit, la même idée d'inexistence ne devrait pas exprimer tantôt l'inappartenance à une simple catégorie de « validité », tantôt l'inappartenance au Droit.

La doctrine classique mêle cependant ces deux fonctions, ainsi que le montre la suite du texte déjà cité de Japiot : « *Si tous les* « *organes sont réunis et parfaitement sains*, c'est la vie assurée, la « *validité* Si à l'opposé, *l'un des organes essentiels à la vie fait défaut*, « l'acte ne peut prendre naissance, c'est l'*inexistence* Si enfin, *hypo-* « *thèse intermédiaire*, aucun des organes nécessaires à la vie ne fait « défaut, mais que l'un d'eux soit atrophié, ou *s'il manque un organe* « *d'ordre secondaire*, l'acte naît, mais il ne vit que d'une vie imparfaite « et instable : c'est l'annulabilité ; si la maladie qui l'affecte guérit, « l'organisme reprendra une vie parfaite et stable ; si au contraire « elle entraîne la mort, il entrera dans le néant ».

Par la grâce de la formule « un organe d'ordre secondaire », l'hypothèse intermédiaire diffère de l'inexistence, au moins quant au fondement et au régime de l'action : l'acte auquel manque un organe essentiel est inexistant, c'est-à-dire hors du Droit. On peut lui appliquer les formules classiques : pas d'action, pas de confirmation, pas de prescription, puisque ce sont les moyens d'action du Droit et que l'acte ne concerne pas le Droit.

Au contraire, s'il manque un organe secondaire, l'acte est juridique ; il vit, il existe suffisamment pour être frappé de la sanction de nullité portée par la loi : il faudra l'attaquer par une action qui sera plus ou moins ouverte suivant la nature de l'organe ou son état et sera de la même façon prescriptible par dix ou trente ans. Enfin, on pourra concevoir une confirmation (44).

Ainsi, dans cette dernière perspective, la conception de l'acte-

(44) Sur la distinction entre les deux hypothèses, voir les articles précités de Cohendy, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1914, p. 33) et de Kayser, (*Rev. Trim. Dr. Civ.* 1933, p. 1115).

organisme fait figure d'explication juridique de la réaction : bien que fondée sur une conception extérieure au Droit, l'annulabilité devient une notion juridique. Mais, outre que sa rigidité l'empêche de traduire les nécessités de la réaction (B), l'annulabilité hantée par l'idée d'inexistence, entraîne des conséquences radicales imposées artificiellement par référence au néant (A).

A. — *L'influence de l'inexistence sur les effets de l'annulabilité.*

89. — On a déjà remarqué que l'hypothèse de l'acte non seulement nul mais inexistant est en réalité purement théorique (45), si bien que l'organe qui est secondaire au point de vue de l'existence, peut être taxé en réalité d'essentiel à la validité (46).

On pourrait croire par conséquent la distinction traditionnelle entre annulabilité et inexistence imposée par un souci d'exactitude parfaitement désintéressée. Mais la distinction n'est qu'apparemment surabondante : en réalité la doctrine classique construit, en matière d'annulabilité, une notion dérivée de l'inexistence. L'irrégularité « juridique » la plus grave a beau résulter seulement de l'absence d'un organe secondaire, l'idée de néant pèse sur les conséquences de cette irrégularité, dont elle inspire étroitement le régime : définie par référence à l'inexistence proprement dite, l'existence précaire de l'acte annulable est vouée au néant si le vice n'est pas réparé... Cet acte ne produira aucune espèce d'effet ni pour l'avenir, ni même dans le passé, et son effacement rétroactif paraît inscrit dans la nature des choses plus que dans la volonté du législateur.

90. — Ainsi l'influence « existentialiste » s'exerce à la fois quant à la source de la nullité et quant à ses conséquences. La nullite trouve son principe dans l'état d'un acte que ses imperfections éloignent du modèle légal et qui est par conséquent inexistant ou mal existant. Son aboutissement est dans tous les cas l'anéantissement : la nullité doit réaliser un état de fait correspondant à l'état d'inexistence juridique de l'acte nul. On en vient paradoxalement à considérer que lorsque ses conséquences ne cadrent pas exactement avec celles de l'inexistence, la thèse de l'état de l'acte réalise un aménagement « au mieux » de cette dernière (47).

Cependant on peut démontrer sans difficulté que cette solution radicale n'est pas inscrite nécessairement dans la construction de l'acte organisme.

91. — D'après cette construction, en effet, la nullité relative procède d'un vice bénin et réparable, tandis que les vices radicaux

(45) Voir *supra*, n° 57.
(46) *Supra*, n° 56 et *infra*, n° 100.
(47) Voir en matière de prescription, *infra*, n° 121.

et sans remède engendrent la nullité absolue. Faut-il que les conséquences de la sanction soient identiques dans les deux séries d'hypothèses ?

La logique même du système classique voudrait que l'on pût distinguer nullité absolue et nullité relative sur le plan des conséquences comme sur le plan des conditions : la sanction qui procède d'un état originaire de l'acte doit accompagner les développements de cet état.

Ainsi lorsque l'on estime que le néant répond exactement aux cas de nullité absolue dans lesquels l'acte est mort-né, ne devrait-on concevoir qu'une privation d'effets moins étendue convienne davantage en matière de nullité relative où l'acte est un simple malade ?

S'il en va différemment, c'est que l'on a transposé à l'intérieur de l'édifice juridique l'idée d'inexistence qui traduit, dans la pureté des principes, le franchissement de la frontière du Droit. Nous sommes ici en présence d'une résurgence de cette idée qui fait aussi mal traiter l'acte relativement nul que celui qui l'est absolument. On aggrave ainsi les inconvénients de la notion d'organisme : l'inexistence vient creuser un fossé entre le fondement et les conditions de l'action en nullité d'une part, ses conséquences d'autre part.

Il en résulte une série de difficultés de principe que la théorie classique surmonte à grand peine.

92. — Tout d'abord il existe une contradiction certaine entre ses prémisses et la notion de nullité relative dont le prononcé est, en fin de compte, subordonné au bon vouloir du titulaire de l'action.

La théorie veut que la confirmation, expresse ou tacite (voire la prescription de dix ans), en réparant le vice, donne vie à l'acte nul (48). Si la nullité intervient, c'est que, le vice n'étant pas réparé, l'acte est aussi informe que dans le cas de nullité absolue, et l'anéantissement rétroactif s'impose.

Et pourtant, l'acte doit être tenu pour valable tant qu'il n'est ni confirmé ni attaqué. C'est donc l'incertitude qui caractérise sur ce plan la nullité relative. Mais on comprend mal comment la moindre gravité d'un vice « objectif » se traduit par une incertitude quant à l'existence de l'acte qu'il affecte...

93. — D'autre part, aucune dérogation à la rigueur de l'anéantissement rétroactif ne saurait être tolérée sans jeter bas la théorie qui présente cet anéantissement comme nécessaire (49). Lorsque la sanction a joué, « l'acte rentre dans le néant », écrit Japiot (50).

Or il faut bien reconnaître que la remise en l'état rétroactive se

(48) Voir *supra*, n° 57.

(49) On n'échappe au néant que par le hasard de la conversion : si les conditions réalisées dans l'acte se trouvent répondre aux exigences d'une catégorie juridique voisine, l'acte produira, à défaut de ses effets propres, ceux de cette catégorie.

(50) Cf. citation, *supra*, n° 88.

heurte souvent à une impossibilité matérielle. L'exemple est classique du contrat à exécution successive dont l'une des prestation est consomptible : contrat de travail, louage, assurance... On ne peut restituer le travail fourni, non plus que la jouissance du locataire ; pas plus qu'on ne peut toujours exactement remplacer un corps certain qui a péri par cas fortuit...

La théorie classique répond qu'il s'agit là de question de fait : les faits sont illégaux, le Droit est sauf.

Il reste que le Droit est contraint d'élaborer une solution de remplacement à l'anéantissement. Il ne peut se contenter de taxer un fait d'illégalité, il faut encore qu'il s'en saisisse pour l'ordonner selon ses principes (51).

94. — Mais il y a beaucoup plus grave : la nullité disparaît complètement lorsque l'action est prescrite. On s'aperçoit alors que le temps a consolidé ce fameux néant et que ce n'est pas le résultat d'une impossibilité matérielle ; il semble au contraire que ce soit par opportunité : après un certain temps, il y a plus de mal à réagir qu'à laisser faire (52).

Voilà qui ne cadre plus du tout avec la notion d'un état objectif d'inexistence juridique. L'objection est si grave que les tenants de la théorie la plus pure rejettent la possibilité d'une prescription : on ne prescrit pas contre le néant ; le temps ne peut consolider le vent.

D'ailleurs, lorsqu'on examine le droit positif, on constate que le principe de l'anéantissement rétroactif subit bien d'autres exceptions: l'anéantissement est seulement un cas extrême, l'un des échelons, le plus bas, d'une échelle richement graduée (53).

Mais nous touchons ici à ce qui fait le vice propre de la notion d'acte organisme : sa rigidité.

B. — *Insuffisances de l'acte-organisme.*

95. — Cette notion ne peut rendre compte de la souplesse avec laquelle le Droit aménage la validité comme la nullité des actes juridiques. Sa rigidité porte en particulier la théorie à négliger la gradation insensible des irrégularités et de leur sanction (54).

(51) On obtient alors des solutions de réaction qui sont originales, parce qu'elles tiennent compte d'autres données que la violation initiale.

(52) Pour Piédelièvre (*op. cit.*) c'est essentiellement l'impossibilité d'anéantir des faits réalisés qui fonde la subsistance de certains des effets de l'acte nul. Il ne tient pas compte de la seule opportunité et, bien qu'il s'en défende, sacrifie ainsi — du moins partiellement — à la conception de l'acte-organisme. On s'en convaincra par la lecture de certains passages (voir en particulier p. 280 et s.) ; si les faits « irréductibles » sont la cause de l'efficacité partielle d'un acte nul, c'est, dans la pensée de l'auteur, que cet acte lui-même a disparu... et ne peut donc jouer ce rôle...

(53) Rappr. Piédelièvre, *op. cit.*, p. 462 et s.

(54) Voir l'étude de la notion d'ordre public, en particulier chez Japiot : cf. *infra*, n° 101. Rappr. Kayser, article précité, *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1933, p. 1115 ; Farjat, *L'ordre public économique*, thèse Dijon, 1963.

En réalité, cette conception place un écran entre l'interprète et la réalité positive.

Le droit positif montre que la réaction est étroitement adaptée aux principes qui la fondent, c'est-à-dire au but des règles qui posent les conditions de validité : ces dernières ont une influence déterminante sur la nature et la mesure de leur sanction (55). Or la fiction d'un organisme rend très mal compte de cette adaptation. Il faut mutiler les phénomènes juridiques pour les plier à ses dimensions rigides. Nous avons vu qu'il est très difficile d'expliquer par le recours à la notion d'organe comment l'incapacité de jouissance, qui est partout sanctionnée de nullité absolue, entraîne une nullité relative lorsque l'incapable est mineur (56). Dans tous les cas, puisque ce genre d'incapacité procède d'une absence de droit et non de la simple privation de son exercice, il manque à l'acte irrégulier le même « organe » fondamental... Comment traduire en termes biologiques que l'idée de protection du mineur qui fonde les règles organisant son incapacité quel qu'en soit le degré, anime également celles qui en définissent la sanction et que, l'erreur obstacle, comme l'absence complète de volonté entraînant la même nécessité de protection individuelle que le simple vice du consentement devraient provoquer la même nullité ?

Il apparaît d'autre part que la réaction, fondée au premier chef sur les nécessités qui animent les conditions de validité, n'en tient pas, pourtant, un compte exclusif ; elle tend à adapter son effort à certaines nécessités concurrentes que le milieu révèle (57).

Ainsi, la nullité fondée sur la fraude paulienne n'a pas le même régime s'agissant d'actes onéreux ou gratuits — et il en va de même en matière de manœuvres dolosives (58). Le vice sanctionné de la nullité relative du mariage entraîne la nullité absolue du contrat soumis au droit anterieur à la loi du 13 juillet 1965 ; la bonne foi substitue un mariage dissous à l'union incestueuse, etc. Rien de tel n'est compatible avec la théorie.

96. — La conception de l'acte-organisme qui est au centre de la théorie classique est en réalité un miroir déformant.

Elle utilise des raisonnements et un langage rigide mieux adaptés aux catégories réelles qu'aux catégories spécifiques. Elle se révèle d'ailleurs impuissante à exprimer autre chose qu'une réalité négative : le franchissement des frontières d'une catégorie. La nullité en réalité, n'est pas seulement cela et l'examen du droit positif montre l'échec de la théorie classique. Mais il révèle aussi combien l'idée de néant qui l'inspire continue à influencer fâcheusement nombre de solutions actuelles.

(55) Rappr. *supra*, n° 40 et *infra*, n° 129.

(56) Voir *supra*, n° 73.

(57) C'est l'affrontement des faits et du Droit qui est particulièrement violent en matière de réaction. Cf. *supra*, n° 17 et *infra*, n° 130.

(58) Cf. GUYENOT, *loc. cit.*

TITRE II

LA SURVIVANCE DE L'IDÉE D'INEXISTENCE

97. — Démentant les thèses classiques, le droit positif révèle que toutes les nullités sont des produits de la volonté du législateur ; il montre que pour les édifier, celui-ci ne peut se fier à la seule nature des choses, mais doit agencer des règles juridiques. Une fois écarté l'écran formé par l'acte- organisme, les données fondamentales de cet agencement apparaissent : d'abord, la coordination des règles portant les conditions de validité et des règles de réaction ; ensuite l'aménagement, par ces mêmes règles de réaction, des impératifs inspirant les conditions de validité en fonction des circonstances concrètes du milieu où se développe la nullité.

C'est dire qu'en organisant la nullité, la loi tient compte d'un conflit d'intérêts entre lesquels son bras balance parfois : intérêt de la partie lésée par une irrégularité ; intérêt opposé de l'autre partie — ou de tiers, plus ou moins innocents de l'illégalité, l'ignorant peut-être, et que la nullité lèse grandement. Il s'agit de régler ce conflit et la loi ne le fait pas en sacrifiant systématiquement l'un à l'autre au nom d'un principe logique : elle aménage ces intérêts, elle les pèse (1).

98. — Des lors, le concept de droit de critique peut seul rendre compte des nuances que la construction classique est impuissante à peindre. C'est que la protection de la partie lésée est assurée dans une mesure qui varie avec les irrégularités et, plus exactement, suivant la nature de l'acte irrégulier ; paraphrasant la vieille définition de Ihering, on parlera d'un droit subjectif accordé par la loi dans la mesure où elle protège l'intérêt lésé par la nullité. Ainsi pourra-t-on concevoir que la loi proportionne exactement la sanction au but

(1) — Rappr. PIÉDELIÈVRE, *op. cit.*, p. 305 et s. — Dans sa thèse consacrée à l'ordre public économique, M. Farjat montre parfaitement comment dans ce domaine, la loi aménage les intérêts en présence pour aboutir à des nullités dont le régime et les effets sont incompatibles avec la thèse classique. Voir 3e partie, titre I, nos 313 et s.

poursuivi par la règle violée et qu'éventuellement elle tienne compte d'autres considérations encore, ménageant par exemple, face aux intérêts de la partie lésée par le maintien de la validité, l'intérêt des tiers éventuellement atteints par la nullité.

99. — On est frappé par la similitude de cette technique avec celles du droit substantiel d'abord, des autres domaines de la réaction ensuite.

En examinant l'état du droit positif, nous allons le vérifier dans une large mesure tant en ce qui concerne les conditions de mise en œuvre de la nullité (Chapitre I), où la rigidité du concept d'acte organisme est tout particulièrement fâcheuse, qu'en ce qui concerne ses conséquences (Chapitre II), où l'influence directe de l'idée d'inexistence vient aggraver considérablement les inconvénients de cette rigidité. Mais nous devons constater également que les solutions positives n'échappent pas toujours à l'influence insidieuse de l'idée d'inexistence.

CHAPITRE I

LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA NULLITÉ

100. — Lorsque la théorie classique proportionne le régime des conditions de la nullité à la gravité des vices, elle se contente d'une approximation grossière : au lieu d'une infinité de nuances adaptées à la variété des conditions de validité, elle ne connaît que deux régimes : nullité absolue, nullité relative (1)

Dans la perspective classique, la nullité absolue correspond aux vices qui heurtent l'ordre public ; c'est l'état de l'acte qui n'a pas pu se former. Aux vices qui lèsent de simples intérêts privés correspond la nullité relative, ou état de l'acte qui s'est formé et vit, mais d'une vie indécise et précaire. La théorie se refuse à ouvrir davantage l'éventail des irrégularités et, par voie de conséquence, des nullités correspondantes ; elle s'enferme dans une alternative : ou bien l'organe est irrémédiablement vicié parce qu'il heurte l'ordre public ; ou bien il peut guérir parce que, moins gravement atteint, il viole une règle d'intérêt privé. Toutes les irrégularités sont donc soit d'ordre public, soit d'intérêt privé et non plus ou moins l'un et l'autre : toutes les nullités sont ou absolues ou relatives.

Dans le premier cas, leur régime se caractérise en trois points : l'action appartient à tout intéressé ; elle se prescrit par trente ans ; la confirmation est impossible.

Dans le second, on obtient par opposition : une action réservée aux particuliers dont l'intérêt est protégé ; une prescription de dix ans ; la possibilité de confirmer l'acte.

101. — La symétrie de ce bel édifice est illusoire. En particulier l'examen du droit en vigueur montre qu'il est impossible d'opposer avec rigueur les deux types de nullité. C'est qu'on ne peut pas classer les règles en celles qui sont d'ordre public et celles qui ne le sont pas.

(1) Nous avons vu plus haut que le régime correspondant à l'hypothèse purement théorique d'inexistence proprement dite, dans la mesure où l'on peut parler d'un régime à ce sujet, se confondait en réalité avec celui de la nullité absolue ; voir *supra*, n° 57.

Comme l'a montré Japiot après Geny (2), l'ordre public est une notion relative : les règles sanctionnées de nullité sont toutes d'ordre public, mais elles le sont plus ou moins, suivant l'intérêt protégé par la règle ; celle-ci l'est davantage que telle autre, parce qu'elle touche à des intérêts plus importants. Il n'y a donc pas un ordre public, mais une échelle aux multiples degrés, le long desquels s'étagent les règles de Droit : celles qui protègent les individus en tant que tels forment le niveau inférieur ; celles qui touchent à l'intérêt social forment le niveau supérieur.

Mieux, pour chaque règle, la notion d'ordre public peut varier au gré des circonstances extérieures, en particulier des circonstances de temps (3).

Par conséquent, si toute irrégularité heurte l'ordre public, elle le heurte plus ou moins : tout dépend de la portée, du but de la règle violée.

102. — La théorie classique ne peut donner ici qu'une image infidèle du droit positif : la notion d'acte-organisme, l'idée d'un état de l'acte auquel il manque un organe essentiel, l'empêchent de marquer les degrés de l'ordre public et les nuances qui en découlent dans la jurisprudence.

Mais la théorie ne constitue pas seulement un mauvais exposé du droit en vigueur. Si forte est l'idée de néant qui l'anime, qu'elle réussit à influencer parfois la doctrine et la jurisprudence. C'est ainsi que la logique du système classique assimile l'absence de tout élément essentiel à la violation de l'ordre public (4). Sera donc sanctionnée de nullité absolue l'absence totale de consentement (4'), tandis que le simple vice entraîne la nullité relative ; il en ira de même en cas d'absence totale d'objet ou de cause. Ainsi la nullité appartiendra à tout intéressé et sera prescriptible par trente ans — l'acte ne pourra être confirmé. Cependant on chercherait en vain comment l'ordre public peut être intéressé, hors de toute illicéité, par un degré de plus dans l'insanité ou dans l'erreur, ou par la destruction de l'objet du contrat avant sa conclusion... Manifestement, les règles sur le consentement, l'objet et la cause protègent de simples intérêts privés. La nullité doit donc être relative — plus ou moins relative — mais non point absolue... (5)

(2) Japiot, *op. cit.*, p. 302 et s. Gény, *Méthodes d'interprétation*, p. 459 ; voir également J. Chevallier, *op. cit., Trav. Assoc. H. Capitant*, 1965, p. 516 ; rappr. Kayser, *op. cit., Rev. Trim. dr. Civ.*, 1933, p. 1115 ; Farjat, *op. cit.*, p. 109 à 125.

(3) Voir sur ce point, Japiot, *op. cit.*, p. 316 et s.

(4) Le raisonnement classique est d'ailleurs inverse : c'est la violation de l'ordre public qui équivaut à l'absence d'un élément essentiel (voir *supra*, n° 57), quitte à promouvoir la notion d'organe négatif (voir *supra*, n° 74).

(4') Toulouse, 25 juillet 1863, D.P., 1863.2.139 et 21 janvier 1985, D.P., 1886.2.73 ; Rennes, 6 juin 1881, D.P., 1881.2.248.

(5) Voir Esmein, note S., 1934, I, 1 et *Traité de droit civil* de Planiol et Ripert, VI, n° 263 ; voir Flour, Cours de licence 2e année, 1964-1965, *Les cours de Droit*, p. 328 et s.

Or la force de conviction dégagée par l'idée de néant est telle que la doctrine a paru irrésistiblement entraînée, et la jurisprudence à sa suite. Japiot et Gaudemet eux-mêmes, énoncent que « les nullités qu'ils appellent « naturelles » parce qu'elles « supposent l'absence d'un élément essentiel de l'acte sans qu'il y ait pour « autant atteinte à l'ordre public » sont invocables par tous et par conséquent inconfirmables (6). Sans doute, une réaction s'est elle faite en ce qui concerne l'absence complète de consentement qui n'est généralement plus distinguée du simple vice quant aux caractères d'une nullité qui reste relative (7). Mais l'absence d'objet ou de cause est toujours frappée de nullité absolue de l'avis presque unanime de la doctrine, suivie par la jurisprudence (9) : rien ne justifie une telle position, sinon les réminiscences de la thèse classique (10)...

103. — Pour échapper à ces réminiscences, comme pour rendre un compte suffisant de la plupart des solutions du droit positif, il faut faire intervenir l'idée que la loi réagit par une sanction adaptée à la portée des règles violées, donc aux variations les plus subtiles

(6) Japiot, *op. cit.*, p. 602 ; Gaudemet, op. cit., p. 168 ; voir dans le même sens : Carbonnier, *Théories*, II, n° 131, p. 433.

(7) Voir en ce sens Aubry et Rau, 5e éd., § 343, p. 423 ; Juliot de la Morandière, *Précis*, II, n° 326, p. 187 ; n° 399, p. 222. *Contra* cependant : Carbonnier, *op. cit.*, n° 102, p. 349 ; Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, n° 19 et s. Rappr. Ponsard, « Commentaire de la loi du 13 juillet 1966 », D., 1966, L., p. 132.

(8) Dans un contrat bilatéral cela revient au même, l'objet de l'obligation de l'une des parties, étant cause de l'obligation de l'autre partie.

(9) Voir Aubry et Rau, *op. cit.*, § 344, p. 458 ; Juliot de la Morandière, *op. cit.*, n° 399 — en particulier, en matière de vente sans prix : H. L. Mazeaud *Leçons*, III, p. 687 ; Civ., 16 novembre 1932, S., 1934 I, 1, note Esmein : ni prescription, ni confirmation ; Civ., 4 août 1952, S., 1953 I, 20 : pas de confirmation ; *id.*, Civ., 17 décembre 1959, D., 1960. J. 294.

(10) On rappellera brièvement les deux arguments principaux mis en avant par les auteurs qui défendent ici la nullité relative :

— l'absence d'objet en cause n'est pas plus « grave » que l'absence de capacité ou de consentement sanctionnées l'une par la loi, l'autre par la jurisprudence, de nullité relative...

— de toute façon il s'agit bien de protéger un intérêt privé : celui de la partie dont la prestation se trouverait sans contrepartie en cas de validité. La chose est manifeste en matière de vente : si le prix fait défaut ce sera le vendeur, si c'est la chose vendue, ce sera l'acheteur. D'ailleurs il semble que dans ce domaine des arguments de textes puissent fonder le caractère relatif de la nullité : dans le cas d'absence partielle d'objet ou de cause, une seule des parties est protégée par la loi ; ainsi d'abord lorsqu'il y a lésion, là où, dans le code elle est cause de rescision, le vendeur se voit refuser l'action qui, enfermée dans de bref délai de l'article 1676, présente tous les caractères d'une nullité relative. « je ne parviendrai jamais à comprendre, écrit M. le Professeur Flour (*op. cit.*, p. 330), comment la lésion des 7/12e étant sanctionnée par une nullité relative, la lésion des 12/12e le serait par une nullité absolue... ». Le même raisonnement peut être fait à partir de l'article 1601 : en cas d'absence partielle de la chose vendue, le paragraphe 2 de cet article donne à l'acheteur une action en résolution qui n'appartient qu'à lui. Pourquoi la nullité qui résulte de l'absence totale de chose et qu'édicte le paragraphe 1 ne lui serait-elle pas également réservée ?...

de l'ordre public : le Droit réagit d'abord dans la mesure exacte où il est transgressé, quitte à tenir compte ensuite des exigences du milieu (11). On vérifie alors l'utilité d'un concept plus malléable que celui de l'organisme : la loi réagit en accordant un droit de critique plus ou moins étendu, fondant l'action comme l'exception de nullité ; elle y tient compte à la fois du fondement des conditions de validité et du milieu où la nullité est appelée à se développer : les conditions du droit de critique vont se ressentir directement de ces correspondances.

Ainsi les différents degrés du caractère d'ordre public présenté par les règles violées, comme la sensibilité de la réaction aux impératifs recélés par le « milieu » où elles interviennent, sont particulièrement manifestes lorsqu'il s'agit de déterminer les titulaires du droit de critique. L'aménagement des intérêts contraires que réalise la loi en façonnant ce droit est clairement inscrit dans les solutions positives (Section I).

Il apparaît également, en matière de confirmation comme de prescription : dans la mesure où la loi reconnaît la disponibilité de certains droits de critique, et l'interdit pour d'autres, comme dans l'institution d'un délai de prescription spéciale à certaines des actions en nullité. Mais ces deux questions ont ceci de commun qu'elles révèlent surtout l'inanité de la notion de « réparation » qui en fait le ressort dans la perspective classique. Elles illustrent ainsi le caractère artificiel de la conception qui rattache la nullité à un vide objectif des organes de l'acte (Section II). Mais nous verrons également, en particulier, dans ce dernier domaine, combien l'influence de l'idée de néant continue à se faire sentir. Combien souvent elle contribue à gêner le développement harmonieux de la réaction.

SECTION I

LA DÉTERMINATION DES TITULAIRES DU DROIT DE CRITIQUE

104. — Dans ce domaine, le droit positif réalise une gradation progressive des solutions au lieu de l'alternative annoncée par la théorie : nullité d'ordre public ouverte à tous ; nullité d'intérêt privé, réservée à une seule personne. Le caractère progressif de cette gradation est évident lorsque la nullité traduit les exigences de la disposition violée (§ 1). Mais Japiot a parfaitement montré (12) comment la progressivité manifeste aussi le jeu subtil par lequel le Droit compose entre les impératifs qui tiennent au fondement de la règle violée et ceux qui peuvent apparaître ensuite, extérieurement à l'acte, comme conséquences du milieu où se développe la réaction (§ 2).

(11) Voir FARJAT, *op. cit.*, nos 387 et s.
(12) *Op. cit.*, p. 533 et s.

§ 1. — La considération exclusive de la règle violée.

105. — On peut classer à la suite de Japiot (13) les hypothèses — à vrai dire les plus nombreuses — où la loi s'inspire essentiellement du fondement de la règle violée dans l'ordre des exigences croissantes de l'ordre public : nous irons ainsi de la nullité « purement privée » à celle qui reflète l'ordre public le plus contraignant, étant entendu que ce classement n'est qu'indicatif et que les quelques exemples fournis sont loin d'épuiser la matière.

106. — Tout d'abord, les nullités sont exclusivement personnelles lorsque la règle violée présente un caractère intime ou familial. L'action — ou plus exactement le droit de critique sur quoi repose l'action — est alors réservée soit à un titulaire, soit à plusieurs, mais dans tous les cas à l'exclusion des héritiers, des ayants cause et des tiers.

C'est ainsi que l'article 180 du Code civil réserve l'action en nullité de mariage à celui des époux dont le consentement a été vicié (14) ; que la nullité de l'accord passé avec le tuteur contrairement aux dispositions de l'article 472 du Code civil ne peut être invoquée que par le seul mineur (15) ; que la nullité du mariage pour défaut d'autorisation de l'époux mineur est réservée à cet époux et à l'ascendant qui devait donner l'autorisation dont on s'est passé (16).

Semblablement, le retrait successoral de l'article 841 est réservé aux héritiers : il s'agit d'éviter aux membres de la famille du défunt l'indivision avec un tiers animé d'un esprit de lucre incompatible avec les relations toutes spéciales existant entre parents. Mais ce même fondement permet d'attribuer l'action aux héritiers de ses titulaires : l'exception manifeste un particularisme rebelle à toute classification exhaustive.

107. — A côté des nullités exclusivement personnelles, nous pourrons qualifier de nullités protectrices d'une seule personne celles qui tirent leur source de la violation d'une règle dont le caractère n'est ni personnel, ni familial, mais simplement privé au sens patrimonial du terme. Cette règle violée protège l'une des parties en cause. L'action appartient donc à cette seule partie (17)

(13) Voir dans le même sens E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 166 et s. ; DURRY, *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1965, p. 619 et s.

(14) Ou à son représentant légal autorisé à cet effet par le Conseil de famille lorsqu'il s'agit d'un interdit : cf. Civ., 26 février 1890, D.P., 1890.I.290.

(15) En ce sens, Paris, 15 décembre 1830, S., 1831.2.83. *Contra* : AUBRY et RAU, *loc. cit.*, § 121, p. 275.

(16) Article 182 du Code civil.

(17) L'ancienne jurisprudence sanctionnant de nullité les actes accomplis en méconnaissance d'une clause d'inaliénabilité (voir CHÉRON, « La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité », *Rev. Trim.*, 1906, p. 339) illustre parfai-

— comme par exemple en matière de vice du consentement — mais elle appartient aussi à ses créanciers agissant par la voie oblique et elle passe à ses héritiers.

On peut placer sous cette rubrique l'action qui appartient au même titre à plusieurs titulaires distincts : codébiteurs dont le consentement est vicié par la même erreur, créanciers fraudés, etc... L'élargissement du champ des intérêts protégés n'entraîne ici aucune différence dans le fondement de chaque action. Il en va de même lorsque le droit de critique appartient au conseil judiciaire de la partie qui en est pourvue : c'est qu'il ne l'exerce pas en représentation du titulaire — comme c'est le cas pour le tuteur dont le droit se confond avec celui de son pupille — mais en vertu d'un droit propre attaché, ès qualité, à ses fonctions (18).

108. — Avec les nullités d'intérêt privé généralisé le cercle s'élargit encore. La règle violée se caractérise par le nombre des personnes privées dont l'intérêt est protégé — et non par une qualité particulière de cet intérêt. Ainsi par exemple, les règles imposant des formes aux actes solennels qui visent à protéger toutes les parties au même titre — et même, comme on l'observe en matière de contrat de mariage, les tiers susceptibles de traiter avec elles dans l'avenir. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'inspire du même souci.

L'action appartient alors à tout intéressé, mais non au Ministère public et le Juge ne peut en soulever le moyen d'office : nous atteignons cette zone indistincte où les notions d'intérêt public et d'intérêt privé s'entrecroisent et se confondent.

109. — On arrive ainsi à des nullités d'intérêt social qui ne sont pas exemptes parfois de coloration pénale. C'est que la règle violée a été posée dans un souci essentiellement social — telles celles qui définissent les conditions de monogamie, d'exogamie, de puberté en matière de mariage, les règles de l'interdiction légale, la prohi-

tement le processus de détermination des titulaires du droit de critique. La clause d'inaliénabilité est validée dans la mesure où elle se fonde sur l'intérêt légitime d'une partie en cause : l'auteur de l'acte gratuit ou onéreux qui la porte (Cass., 22 juil. 1896, D.P., 1898.I.17) où l'acquéreur du bien frappé d'indisponibilité temporaire (Req., 16 janv. 1923, D.P., 1923.I.177). Or, lorsque la clause est régulière on doit dire, dans la perspective classique, que, l'acte d'aliénation qui la viole, par exemple une vente, manque objectivement d'un élément essentiel : le droit de disposer de la part du vendeur ; tous les interessés devraient alors pouvoir faire constater qu'il n'a pas pu se former... Cependant la jurisprudence réserve l'action en nullité dirigée contre cet acte à la seule personne qui était protégée par la clause. Ce sera tantôt le vendeur (Cass., 27 nov. 1873, D.P., 1874.I.510), tantôt son auteur (Cass., 23 mars 1903, D.P., 1903.I.337).

(18) Cf. article 513 du Code Civil ; Req. 24 juin 1896, D.P., 1897.I.404 ; Civ., 4 juin 1935, D.H., 35, 427 ; et Civ. 12 mars 1954, D., 1954, som. 49. Il en allait de même pour le curateur du mineur émancipé, comme pour le conseil de la mère survivante (cf. anciens articles 482 et s., et 391, C. Civ.).

bition des donations entre concubins, ou la perpétuité du louage de service...

Il ne s'agit plus de protection à proprement parler ; mais la loi dispose directement de conduites qui importent au premier chef à la société.

Il est normal que, dans ces conditions, le droit de critique n'appartienne pas seulement à tout particulier intéressé (19) : le Juge peut en soulever le moyen d'office, et c'est aussi, dans certains cas limites, la prérogative du ministère public que d'intenter l'action à titre principal (20).

110. — Tous ces exemples illustrent le jeu de la réaction lorsqu'elle se développe librement, sans avoir à se soucier d'autres considérations que de celles qui inspirent les règles violées. Il reste à l'examiner lorsqu'elle compose avec des données extérieures à l'acte pour étendre — ou, au contraire, pour restreindre — le cercle des titulaires.

§ 2. — La considération du milieu.

111. — Nous venons de voir le cercle des titulaires s'élargir lorsqu'une nullité relative est généralisée : il en va ainsi dans les hypothèses où la règle violée réalise une simple protection individuelle. Par conséquent, il serait normal, de limiter le cercle des titulaires, au nombre des personnes protégées, ainsi que nous l'avons vu plus haut (21). Mais, s'agissant d'actes juridiques qui ont des répercussions à l'égard des tiers, la loi considère l'intérêt de ces tiers à qui l'incertitude résultant d'une attribution exclusive de l'action peut causer un préjudice. Elle étend alors le champ des titulaires, et l'on obtient des nullités qui sont relatives par le fondement, mais absolues par le régime.

C'était le cas du contrat de mariage passé par un mineur irrégulièrement habilité, depuis le célèbre arrêt de la Chambre civile du 5 mars 1855 (22) et jusqu'à la loi du 13 juillet 1965 : tout inté-

(19) Sur ce problème voir FARJAT, *op. cit.*, « Du rôle des agents de l'autorité publique », nos 430 et s.

(20) Ces cas sont rares (SOLUS et PERROT, *Traité de Droit judiciaire privé*, I, nos 877 et s. et *infra*, n° 278, note 70). D'ailleurs le pouvoir qu'a le juge de soulever d'office le moyen de nullité n'est pas lié à celui que le ministère public d'intenter l'action à titre principal : il existe aussi là où l'action n'appartient qu'aux particuliers. D'autre part, on se convaincra de la souplesse du droit de réaction par l'exemple des articles 187 et 190 du Code civil relatifs aux nullités absolues en matière de mariage. Tandis que tout intéressé peut agir en nullité sans aucune restriction, le Ministère public ne peut agir que du vivant des époux. A l'inverse, les collatéraux sont privés de ce droit jusqu'à la mort de l'un des époux...

Il faut remarquer d'ailleurs que l'attribution de l'action au Ministère public déroge au principe suivant lequel la nullité s'organise autour d'un droit subjectif..

(21) Voir *supra*, n° 108.

(22) D.P., 1855.I.101, S., 1855.I.348 ; Civ., 20 juillet 1859, D.P., 1859,I,279 ; Civ., 19 juin 1872, D.P., 1872.I.346 ; Req., 16 juin 1879, D.P., 1880.I.415.

ressé pouvait en provoquer l'annulation. C'est, de façon plus nuancée, l'hypothèse réglée par l'article 1077 du Code civil lorsque l'un des héritiers est omis dans une donation partage ; le droit d'en demander la nullité appartient au premier chef à l'héritier omis, mais le Code civil le donne également aux autres, à ceux qui sont apportionnés : bien que cette nullité soit contraire à leurs intérêts immédiats, elle les protège finalement contre le réveil inopiné de l'héritier omis. Quant aux tiers proprement dits, essentiellement les ayants cause, ils restent en dehors du jeu ; l'action n'appartient pas ici à tout intéressé...

112. — Inversement, mais pour des raisons comparables, le droit de critique qui devrait normalement appartenir à tout intéressé ou, du moins, à plusieurs personnes, se voit privé d'action entre certaines mains (23). C'est ainsi que les parents qui ont consenti au mariage d'impubères ne peuvent en invoquer la nullité absolue (art. 186, C. civ.) ou que les époux se voient privés par l'article 196 du droit d'attaquer leur mariage pour vice de forme lorsqu'ils ont la possession d'état d'époux légitimes et « que l'acte de mariage est représenté » (24). Dans les deux cas, c'est une idée morale, extérieure à la réalité de l'acte qui vient infléchir le jeu des principes. Dans le second, c'est le simple souci de protéger les tiers contre les effets d'une nullité qu'ils n'ont pas les moyens de déceler (25).

SECTION II

CONFIRMATION ET PRESCRIPTION DE LA NULLITÉ

113. — Les particularités de la nullité dans les deux domaines de la confirmation et de la prescription sont fondées par la doctrine classique sur le caractère « réparable » de certains des vices qui affectent les organes de l'acte. Cette conception, déjà contestable rationnellement, ne résiste pas à l'examen du droit positif. Seule, ici encore, la notion d'un droit subjectif façonné par la loi à la mesure de l'irrégularité commise et des impératifs du milieu où se développe la nullité paraît satisfaisante.

(23) Sur les applications en matière d'ordre public économique, voir FARJAT, *op. cit.*, nos 451, 452, 453.

(24) On rapprochera de ces exemples, et surtout du premier, les applications jurisprudentielles de la maxime *nemo auditur*... Voir BÉRAND, « L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente », *J.C.P.*, 1952.I.1029.

(25) Cf. les applications de la théorie de l'apparence, *infra*, nos 161 et s.

§ 1. — La confirmation.

114. — La confirmation étant le propre des actes atteints de nullités relatives, ceux qui sont absolument nuls ne se confirmeraient jamais (26). Là encore, l'opposition procède directement de la thèse de l'acte-organisme : le vice objectif consiste, soit en l'absence, soit en l'atrophie d'un organe — et la confirmation répare le vice. Là où il est irréparable, en particulier lorsque la nullité se fonde sur la violation de l'ordre public, on comprend qu'il ne puisse être question de confirmation.

Mais nous venons de voir combien il est vain d'opposer l'ordre public à l'intérêt privé — et qu'en réalité toutes les irrégularités heurtent de quelque façon une notion naturellement variable de l'ordre public (27). Il ne faut pas s'étonner par conséquent si le droit positif dément de tels prémisses. En effet, certaines de ses solutions peuvent correspondre à l'idée de réparation (28) ; mais nombreuses sont celles qui lui sont parfaitement étrangères et s'inspirent de considérations différentes.

115. — C'est ainsi tout d'abord que la confirmation reste impossible dans certaines situations où pourtant le vice qui entachait « objectivement » l'acte peut être considéré comme disparu : la nullité du mariage pour bigamie n'est pas couverte par la dissolution de la première union.

De même, les actes passés en état d'incapacité par l'interdit légal ne sont pas confirmables après l'accomplissement de sa peine et le retour de sa capacité (29).

D'autre part, la confirmation est reconnue dans bien des hypothèses où la nullité se fonde sur un vice objectivement irréparable et devrait donc être absolue (30). La loi consacre cette solution en matière de libéralités : après le décès du disposant, ses héritiers

(26) Cohendy, Article cit. *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1914, p. 147 et Kayser, *idem. Rev. Trim. dr. Civ.*, 1933, p. 1115. n° 9.

(27) Cf. *supra*, n° 101.

(28) Ainsi la grossesse de la femme purge le vice d'impuberté (art. 185), tandis que l'approbation donnée à *posteriori* par les parents qui n'ont pu consentir au mariage couvre le vice que les jeunes époux ne peuvent plus invoquer (art. 183, § 1). De même, la vente de la chose d'autrui, nulle en vertu de l'article 1599, est validée par l'acquisition de la chose antérieure à la demande en nullité ; cf. Civ., 12 juillet 1962, *Gaz Pal.* 1962-1-260. La présentation des deux originaux purge le vice résultant de l'absence de mention des doubles (cf. art. 1325, § 3 ; Cass., 13 juil. 1883, D.P., 1884.I.38). Enfin, le divorce prive les époux du droit de demander l'annulation du mariage (Cass., 24 mai 1892, D.P., 1893.I.412) voir *infra*, n°s 136 et s.

(29) *Contra* : Japiot., p. 763. Cependant, le testament du condamné interdit reçoit effet après sa mort. Voir Civ., 27 février 1883, D.P., 1883.I.113. Mais c'est parce qu'il s'agit d'un acte qui ne peut jamais produire effet qu'après l'exécution de la peine. Voir Bouzat et Pinadel, *op. cit.*, tome I, n° 539.

(30) Voir *supra*, n° 114.

peuvent confirmer les donations (31) et les testaments affectés de vices d'ordre public (32). La jurisprudence fait de même pour la vente de la chose d'autrui (33) ; et nul ne conteste qu'il doive en être ainsi lorsqu'un acte est vicié par l'incapacité de jouissance qui atteint un mineur (34).

Pourtant les tribunaux se laissent guider souvent par le fantôme des thèses classiques. Son influence est manifeste lorsque la jurisprudence hésite à permettre la confirmation dans une série d'hypothèses où elle serait nécessaire. Elle apparaît aussi dans les efforts faits pour justifier certains paiements par l'idée d'obligation naturelle.

116. — On ne peut douter de l'influence déterminante de l'idée d'inexistence lorsque l'on voit les tribunaux distinguer entre l'absence de cause ou d'objet — sanctionnée de nullité absolue

(31) Ceci est d'autant plus remarquable qu'en cas de vice de forme, la confirmation est refusée expressément au donateur par l'article 1339 du Code civil.

(32) Article 1340 du Code civil.

(33) La nullité édictée par l'article 1599 est une institution bien curieuse. L'interprétation la plus classique suppose une confusion des rédacteurs du texte : la vente de la chose d'autrui est déclarée nulle parce que, selon Portalis « il est contre toute raison et tout principe que deux parties puissent disposer « d'une propriété qui appartient à un tiers » (Fenet, XIV, p. 118). En réalité, édicter la nullité pour empêcher que la vente ne produise cet effet, c'est croire que la vente emporte nécessairement le transfert immédiat de la propriété ; c'est faire du transfert *solo consensu* un élément essentiel à la validité (v. Gaudemet, *op. cit.*, p. 103). Mais alors dans la perspective classique la nullité devrait être absolue (v. Aubry et Rau, 6e éd. par Esmein, § 351, note 43 ; Gaudemet, *op. cit.*, p. 104 et 105). La jurisprudence en fait pourtant une nullité relative réservée à l'acheteur (Req., 19 avril 1873, S., 1873.1.377 ; Civ., 4 mars 1889, D.P., 1891.1.313 ; Req., 15 janv. 1934, D.H., 1934.97), prescriptible par 10 ans (Civ., 26 juill. 1926, D.H., 1926.434 ; Req., 15 janv. 1934, précité) et confirmable (Req., 30 déc. 1872, D.P., 1873.I.437).

Mais de toutes les interprétations proposées par la doctrine pour expliquer l'article 1599 autrement que par cette confusion, la plupart se brisent contre les termes de la loi : ainsi, la thèse de Demante et Colmet de Santerre qui voient ici une simple résolution mais le texte est formel : la vente est nulle...) ou celles de Josserand (*Cours de Droit civil positif*, II, § 1043) ou de Capitant (« De la cause », § 95) qui en font une nullité relative pour vice du consentement (v. H.-L. Mazeaud, *op. cit.*, III, n° 816 ; mais le texte n'envisage l'erreur de l'acheteur qu'à propos des dommages et intérêts...). La théorie la plus séduisante fait de la nullité de l'article 1599 un prolongement de l'action en garantie (Beudant, *op. cit.*, XXI par Brethe de la Gressaye, n° 102 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, X, n° 45, par Hamel). L'acheteur risquant d'être évincé par le véritable propriétaire, les règles de la garantie l'obligeraient à attendre d'être troublé pour réagir. Grâce à l'article 1599, il peut se dégager préventivement ; malheureusement cette interprétation est difficilement compatible avec la notion même de nullité : elle fait de cette dernière — contre tous principes — la sanction, non pas des conditions de formation du contrat de vente, mais des obligations mises par ce contrat à la charge du vendeur...

(34) Incapacités de donner (art. 903 C. civ.) ; d'accepter purement et simplement une succession (art. 461 C. civ.) ; d'effectuer un partage amiable (art. 838 C. civ., art. 466 et 984 C. pr. civ.) ; de compromettre (art. 1004 C. pr. civ.), etc... Mais l'incapacité de se marier avant l'âge légal ne se confirme pas.

excluant la confirmation — et la simple lésion (35). Mais il en va de même lorsqu'ils s'obligent à voir dans certaines confirmations intervenues là où la nullité est absolue, des conventions entièrement nouvelles. La cause de nullité ayant disparu, l'intérêt protégé par elle n'étant plus menacé, il ne devrait y avoir aucun inconvénient à donner effet à l'acte nul. Cependant la jurisprudence prive d'effet l'acte confirmatif analysé comme tel, ou encore en exécution pure et simple de l'acte nul (36). Mais il lui arrive dans de nombreuses espèces de qualifier autrement l'acte confirmatif : elle en fait une convention entièrement nouvelle, postérieure à la disparition de la cause de nullité et par conséquent valable (37), au moins pour l'avenir.

On peut considérer qu'il vaudrait mieux tolérer ouvertement la confirmation ; en empêchant la jurisprudence de le faire les réminiscences classiques rendent un mauvais service. C'est que la distinction de la réfection possible et de l'inadmissible confirmation est parfaitement artificielle (38) ; il semble que ce soit le type de ces données théoriques qui se révèlent pratiquement inutilisables. La jurisprudence qui la consacre entretient en effet une incertitude fâcheuse : avant d'avoir obtenu un jugement, il est pratiquement impossible de savoir avec une certitude suffisante si l'on est en présence d'une réfection valable, parce que suffisamment indépendante de l'acte nul (39).

Or la fréquence de certaines conventions, nulles et pourtant ratifiées — en particulier celles qui, avant le divorce, entendent régler la liquidation du régime — révèle leur utilité (40). Il y a donc ici, sur le plan pratique, une lacune regrettable.

117. — D'ailleurs il n'est pas sûr que la distinction soit toujours irréprochable, même sur le seul plan théorique. En particulier on peut en douter à propos de l'acte par lequel les époux ou leurs héritiers conviennent, après la dissolution du mariage, de respecter

(35) Voir *supra*, n° 102.

(36) *a*) Convention de liquidation des intérêts patrimoniaux antérieure au divorce : Civ., 26 mai 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11202, note Voirin ; Civ., 12 oct. 1965, *J.C.P.*, 1966.II.14682, note Esmein.

b) Don manuel en suite d'une donation nulle : Paris, 26 mai 1948, *J.P.C.*, 1948.II.4558, note Raynaud ; Bastia, 13 décembre 1949, *J.C.P.*, 1949.II.5839, note Savatier.

(37) *a*) Convention de liquidation anticipée : Req., 2 juin 1904, D.P., 1905. I.161 ; Civ., 12 juin 1960, *Bull. Civ.*, I, n° 301, p. 238 ; Civ., 4 mai 1966, D., 1966. 553, note Malaurie.

b) Application du contrat de mariage nul après la dissolution : Civ., 10 Avril 1866, D.P., 1866.I.350 ; Civ., 26 octobre 1943, D., 1946.301, note Boulanger ; Civ., 12 déc. 1961, D., 1962, som. 73.

c) Don manuel : Dijon, 26 avril 1932, D.H., 1933.339.

(38) Le principe s'en trouve indiqué dans l'article 1339 du Code civil.

(39) Voir en particulier les notes précitées de MM. Voirin, Raynaud et Malaurie.

(40) Voir notes précitées de MM. Esmein, *J.C.P.*, 1966.14682 et Malaurie, D., 1966.553.

les dispositions du contrat nul (41). Parler ici de réfection, n'est-ce pas négliger que l'objet de la convention nouvelle est de donner effet à l'acte nul non pas seulement quant à la liquidation du régime, mais aussi quant à ses conséquences antérieures à la dissolution ; en particulier dans la mesure où la liquidation actuelle est fonction de la répartition des biens lors du mariage et au cours de la vie des époux ? Où est la différence avec une confirmation pure et simple ?

La théorie classique voit cette différence dans la situation des tiers : la convention nouvelle ne peut les priver du droit d'invoquer l'état antérieur, par exemple, tel ou tel aspect du régime légal. Sans doute, lorsqu'il y a confirmation, l'article 1338 entend-il aussi protéger les tiers, Mais ce sont les seuls ayants cause, par exemple un acquéreur (41') d'un bien aliéné en vertu de l'acte nul antérieur. L'exception de nullité suffit à protéger ces ayants cause. En interdisant la confirmation, la jurisprudence protège tous les titulaires de l'action en nullité absolue qu'une telle confirmation ferait disparaître malgré l'article 1338, et que la convention nouvelle respecte.

118. — Nous pensons que la nécessité de préserver le droit des tiers ne suffit pas à justifier l'opposition de la confirmation et de la réfection. Au contraire, on se passera très bien d'une telle opposition à condition de restituer à la confirmation sa véritable qualification de renonciation à l'exercice du droit de critique.

Ainsi, les droits subjectifs étant en principe librement disponibles l'acte frappé de nullité est en principe confirmable (42). Dès lors si l'intérêt qui fonde la nullité est purement individuel l'influence du milieu concrètement, du droit des tiers ayants cause du titulaire de l'action — se traduit dans l'article 1338 : les conséquences de la confirmation sont limitées à leur égard (43). Mais si la nullité protège une somme d'intérêts particuliers — comme par exemple ceux qu'intéressent les règles de forme du contrat de mariage — certains titulaires pourront bien renoncer à leur droit de critique — cela ne changera rien au droit des autres. La jurisprudence parvient en partie à ce dernier résultat grâce à la notion de « convention nouvelle », mais il lui faut alors abandonner la « rétroactivité » de la confirmation ; l'acte n'a d'effet que pour l'avenir...

L'influence de la règle violée explique comment, par exception, de nombreuses nullités ne supportent pas la confirmation : celles qui se fondent sur un intérêt public au sens le plus élevé du terme, parce que de façon générale, les particuliers n'ont pas la disposition des droits qui présentent ce caractère (44) ; d'autres qui se fondent

(41) Voir *supra*, note 37 *b*).

(41') E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 175 et s.

(42) Japiot, *op. cit.*, p. 714 et s. ; voir J. Chevallier, *op. cit.*, p. 518, 519 ; rapp. Lutzesco, *op. cit.*, p. 397.

(43) Ce souci des tiers à qui tout droit subjectif tend nécessairement à s'opposer par quelque côté, montre qu'il s'agit d'une modalité de l'exercice d'un véritable droit subjectif...

(44) Ainsi les nullités fondées sur l'illicéité ou l'immoralité...

sur un intérêt simplement privé, quelle que soit leur place sur l'échelle de l'ordre public, parce que la libre disposition est un élément de la protection de cet intérêt — de son aménagement en droit subjectif — et que cette protection peut exiger l'indisponibilité pendant un certain temps, du moins sous quelques conditions. On comprend alors comment la mort du disposant rend disponible en la personne de ses héritiers un droit qui les protégeait en réalité et auquel lui-même ne pouvait renoncer. Comment la nullité du pacte commissoire peut être couverte par le débiteur en connaissance de cause, c'est-à-dire à l'échéance de la dette (45), etc...

119. — Enfin, la disponibilité du droit de critique suffit à expliquer comment l'exécution d'une obligation nulle constitue parfois un paiement régulier — alors que la doctrine classique doit ici recourir à la notion d'obligation naturelle qu'elle déforme pour cela en obligation civile dégénérée.

On sait qu'en droit civil certains devoirs de conscience qui ne correspondent à aucune obligation juridique et ne sont en particulier sanctionnés d'aucune espèce d'action, ont cependant pour conséquence de donner à l'acte par lequel on les exécute le caractère d'un véritable paiement et non d'une libéralité. Ainsi, le failli concordataire qui indemnise entièrement ses créanciers ne leur fait aucun « cadeau » : il exécute une « obligation naturelle », simple devoir moral non sanctionné, qui monte à la vie juridique par l'exécution volontaire du « débiteur » (46).

Les principes classiques ont eu pour effet de transplanter l'obligation naturelle dans le droit des nullités ; ils ont ainsi contribué à la déformer. On écrit en effet de façon courante que l'exécution volontaire d'un acte nul peut être valable dans la mesure où subsiste, malgré l'anéantissement, une obligation naturelle. Et l'on rappelle à ce propos comment en droit romain l'obligation naturelle était, aux origines, une obligation civile dégénérée. Cependant, l'obligation naturelle du droit français ne procède nullement de cette notion romaine : sa source est canoniste et moralisante, tandis que la théorie romaine est un correctif à la régidité des conceptions du *jus* civil. Parler d'obligation civile dégénérée dans notre droit, c'est par conséquent déformer la notion française d'obligation naturelle (47).

(45) En ce sens cf. JAPIOT, *op. cit.*, p. 766. Mais la jurisprudence ne semble pas devoir distinguer cette hypothèse de celle où le pacte est simplement postérieur à la mise en gage.

(46) RIPERT, *La règle morale dans les obligations*, 4e éd., nos 186 et s. Voir RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5e éd., tome II, no 3111.

(47) Voir RIPERT, *op. cit.* De plus le rôle de l'obligation naturelle paraît être d'ouvrir des voies nouvelles en précédant l'obligation civile (V. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préface de M. le professeur Flour, Paris 1957) plutôt qu'en lui survivant...

120. — La conception de la confirmation comme une réparation du vice affectant l'acte-organisme nous paraît contribuer à cette déformation. La promesse de payer — et le simple paiement, dans la mesure où ce n'est pas un fait pur et simple (48) — sont des actes juridiques. Seulement de deux choses l'une : ou bien il s'agit de libéralités — ou bien la cause en est une obligation préexistante qui détermine leur validité : ainsi, le paiement d'une obligation nulle est sujet à répétition — à moins qu'on ne puisse lui donner le sens d'une confirmation.

Or, dans la théorie classique les seuls actes frappés de nullité relative sont confirmables ; d'autre part, l'effet de la confirmation est de ressusciter l'acte avec toutes ses conséquences (49). La théorie ne suffit donc pas à expliquer que l'exécution d'un acte absolument nul puisse être valable ; et d'ailleurs, même là où sévit une nullité relative, on ne conçoit pas que cette exécution soit partielle : ou bien le paiement partiel a le sens d'une confirmation et il faut exiger le complément — ou bien il n'a pas le sens de la confirmation, et c'est un paiement indû — il faut le répéter.

Mais la jurisprudence, poussée par les exigences du commerce juridique n'a pu céder entièrement à l'arbitraire des rhétoriques classiques : elle a consacré de tels paiements dans les hypothèses où il lui semblait juste de le faire. Quand elle pouvait s'abriter derrière un texte, sans conscience est restée paisible : ainsi par exemple a-t-elle admis en vertu de l'article 1340 que les héritiers confirment les donations absolument nulles effectuées par leur auteur. Mais que dire pour les testaments ? N'est-il pas difficile d'interdire ici ce que l'on pouvait faire là ; d'empêcher la confirmation des libéralités à cause de mort, alors qu'un texte autorise celle des libéralités entre vifs ? En l'absence d'un texte on a donc sollicité la notion d'obligation naturelle ; on en a fait pour les besoins de la cause une obligation civile dégénérée, comme le soufflait la doctrine : les héritiers ont l'obligation naturelle d'exécuter le testament (50). De même, les parents ont l'obligation naturelle de verser la dot promise dans le contrat de mariage annulé (51), comme le mineur parvenu à sa majorité, même s'il ne confirme pas, a l'obligation naturelle de payer ce qu'il devait en vertu d'un contrat nul. Enfin, on a pu juger que l'héritier d'un emprunteur dont l'obligation, assortie d'une clause d'illicite, est absolument nulle, donc normalement inconfirmable, est cependant tenu d'exécuter la promesse qu'il a faite de rémunérer son créancier (52).

Si l'on veut bien admettre l'existence d'un droit de critique dont

(48) N. Catala, *La nature juridique du paiement*, Thèse Paris, 1961.

(49) Sauf à l'égard des tiers...

(50) Cass., 14 novembre 1860, D.P., 1860.1.16 ; Req., 20 novembre 1876, D.P., 1878.1.376 ; Req., 10 janvier 1905, D.P., 1905.1.47 ; Civ., 27 décembre 1963, *Bull. Civ.*, I, n° 573.

(51) Poitiers, 26 avril 1923, D.P., 1923, D.P., 1923.2.121.

(52) Paris, 30 avril 1958, D., 1958.553, note Malaurie.

le titulaire a en principe la libre disposition, un tel détour ne se justifie pas. Pourquoi chercher dans une construction extérieure à la matière des nullités le fondement de solutions qui peuvent s'expliquer d'elles-mêmes, surtout lorsqu'il faut pour cela déformer cette construction ? Son titulaire peut renoncer au droit de critique. Il peut ne le faire qu'en partie. Le paiement ou la promesse de paiement d'une obligation nulle ont le sens d'une telle renonciation. Là où le Droit est indisponible, il y aura paiement indû et répétition ; mais là où la disposition est libre. il est valable, sans pour autant faire « revivre » l'acte nul dans sa totalité.

§ 2. — La prescription.

121. — D'après la thèse classique, l'action en nullité absolue se prescrit par trente ans, c'est-à-dire par le délai en principe le plus long ; la rigueur des principes voudrait qu'il n'y eût pas de prescription du tout : l'acte absolument nul ne s'est pas réellement formé ; aucun délai ne devrait pouvoir tenir lieu des organes qui lui manquent (53). Seulement, la jurisprudence dominante ayant rejeté cette idée et appliquant l'article 2262 dans ce domaine comme ailleurs (54), on se console en énonçant que ces trente ans sont le reliquat, le symbole de l'imprescriptibilité.

Par contre, l'action en nullité relative se prescrit par dix ans : l'acte qui en est frappé est vivant, mais atteint d'une maladie guérissable, il peut être réparé, c'est-à-dire confirmé. Or la prescription est une confirmation tacite : celui qui reste dix ans inactif est censé l'avoir voulu.

Tout ceci est parfaitement artificiel.

122. — D'abord, le fait que les nullités absolues se prescrivent par trente ans contredit absolument l'idée suivant laquelle l'acte qui en est atteint serait absolument informe : la longueur du délai ne peut tenir lieu d'imprescriptibilité (55).

Ici la thèse classique ne trouve aucun renfort dans l'imprescriptibilité des actions en nullité absolue se rapportant à l'état des personnes (56). Il s'agit en effet d'actions d'état. Certaines d'entre

(53) En ce sens voir en particulier COHENDY, *op. cit.*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1914, p. 52.

(54) Cf. Req., 5 mai 1879, D.P., 1880.1.145, note Beudant ; Civ., 6 novembre 1895, D.P., 1897.1.24 ; Rappr. Civ., 2 avril 1946, D., 1946.305 ; *contra* : Civ., 16 novembre 1932, D.H., 1933.4 et Aix, 30 octobre 1950, *J.C.P.*, 1951.II.5945, note Becqué.

(55) D'ailleurs, c'est pour rester logiques, en respectant les principes classiques que certains arrêts dissidents se retranchent derrière l'imprescriptibilité des nullités absolues — Voir Civ., 16 novembre 1932 et Aix, 30 octobre 1950, préc.

(56) Ainsi : *a*) Nullité du mariage pour bigamie, inceste, vice de forme.

b) Nullité de reconnaissance d'enfant naturel contraire à la vérité ou pour vice de forme, inceste, adultérinité du lien de filiation. Voir AUBRY et RAU, *op. cit.*, 6e éd. par ESMEIN, XII, § 722 *ter*, p. 440.

elles seront donc imprescriptibles en tant qu'actions d'état, non en tant qu'actions en nullité : celles qui, visant à faire tomber une reconnaissance d'enfant naturel, constituent une contestation d'état (57). La théorie des nullités n'a rien à voir là-dedans, mais seulement la nécessité de sanctionner les usurpations de l'état civil (58).

En revanche ces deux exemples pourraient illustrer par un autre côté l'inanité de la conception d'un état objectif de l'acte. C'est que bien des actions d'état en nullité sont prescriptibles : d'abord elles le sont toutes, suivant le droit commun de l'article 2262 dès qu'elles se fondent sur un intérêt pécuniaire (59). Ensuite, l'action en nullité de mariage est dite imprescriptible entre les mains de ses titulaires normaux, là où elle n'a aucun caractère pécuniaire ; mais il faut entendre par là qu'elle pourra être exercée pendant un délai supérieur à trente ans, et relativement indéterminée : la durée d'une vie humaine (60). Dès lors nous sommes en présence d'actions qui ne se prescrivent pas dans les mêmes conditions entre les mains de leurs différents titulaires. Ici prescriptibles par trente ans, là par un délai indéterminé, là enfin imprescriptibles, elles sont un démenti flagrant à la rigidité classique (61).

123. — D'autre part, l'idée de réparation qui s'avère inexacte en matière de confirmation ne l'est pas moins lorsqu'il s'agit de la prescription d'une nullité relative. Nous pensons même que la justification en paraît plus difficile encore, puisque la prescription est conçue comme une réparation « tacite » : on voit mal comment l'oubli du moyen de nullité, qui rendrait inopérante une confirmation expresse (62), peut en tenir lieu après dix ans et en l'absence de toute manifestation volontaire. Il faut trouver ailleurs l'explication de ce délai.

(57) Voir Aubry et Rau, *op. cit.*, IX, § 544, *bis* p. 35 ; § 568 *ter*, p. 237 et Douai, 21 décembre 1885, S., 87, 2, 151.

(58) L'action fondée sur la nullité de la reconnaissance, est seulement un cas particulier de contestation d'état.

(59) Planiol, Ripert et Boulanger, I, n° 842, p. 353 ; voir Paris, 9 juillet 1885, D.P., 1886.2.261 ; Civ., 26 juin 1956, D., 1956.605, note Malaurie.

(60) Ainsi pour les personnes admises à demander la nullité du mariage sans avoir à justifier d'un intérêt pécuniaire : les époux, leurs ascendants, le premier conjoint du bigame (art. 184, 188, et 191 du C. civ.). Voir Paris, 17 février 1961, *J.C.P.*, 1961.II.12020, conclusions Nepveu. La motivation de l'arrêt est discutable : il déclare que l'article 2.262 « ne concerne à l'évidence que les droits patri- « moniaux à l'exclusion de l'état des personnes ». Dans ces conditions l'arrêt paraît difficilement conciliable avec celui rendu par la Cour de Cassation (Civ. 17 nov. 1958, D., 1959, 18 note G. Holleaux) qui déclare que l'article 1304 régit la nullité relative du mariage. Voir obs. Desbois, *Rev. Trim. dr. civ.*, 1961 p. 294.

(61) On notera qu'une relativité analogue a pu jouer en matière de contrat de mariage avant la loi du 13 juillet 1965 : la nullité, absolue pendant la durée du mariage — donc prescriptible par trente ans (Req., 6 avril 1858, D.P., 1858. 1.224 ; Civ., 6 novembre 1895, D.P., 1897.1.25, note Sarrut) — devient relative après le décès des époux (Civ., 26 avril 1869, D.P., 1869.1.246).

(62) Voir article 1338 Code civil.

Enfin, de même que certaines nullités « absolues » se prescrivent par plus de trente ans, on notera qu'il y a des nullités relatives qui se prescrivent par trente ans. C'est ainsi que l'interprétation quelque peu littérale de l'article 1304 qui parle de « conventions » a fait exclure de son champ d'application les actes unilatéraux — en particulier les testaments (63)...

124. — Seul un recours à l'idée de droit de critique peut expliquer ces diverses solutions. C'est ce droit, sous-jacent à l'action en nullité, qui en détermine la prescriptibilité. Disons, pour simplifier l'exposé, que c'est le droit de critique qui se prescrit comme, en principe, tout droit subjectif (64) et il suffira d'appliquer à ce droit particulier les principes généraux de la prescription.

La prescription consolide l'état de fait contraire au Droit : l'écoulement du temps fait qu'il n'est guère possible sans trouble grave de remettre les chose en l'état et la loi prend parfois son parti de la situation. Elle souffre moins de cette consécration d'un état qui la violait à l'origine que du désordre que causerait une réaction. Ainsi, contrairement au processus normal, ce n'est plus à proprement parler le Droit qui commande aux faits : il s'incline plutôt devant eux pour épouser leurs formes ; c'est alors le fait qui donne naissance au Droit (65) et, le plus souvent, en même temps qu'il crée un droit subjectif, il en éteint un autre : prescription acquisitive et prescription extinctive sont corrélatives...

(63) Civ., 25 novembre 1857, D.P. 1857.1.425 ; Req., 22 janvier 1872, D.P., 1872.1.321 ; *contra* : Japiot, *loc. cit.*, p. 852 ; cf. Martin de la Mouthe, *l'acte juridique unilatéral*, nos 247-248. Solution peu justifiée dès lors qu'il est admis que le texte s'applique en matière extrapatrimoniale : Voir Civ., 17 novembre 1958, D., 59, 18, note G. Holleaux.

(64) Ce principe comporte un certain nombre d'exceptions (V. Esmein sur Aubry et Rau, XII, § 772) : il y a des actions imprescriptibles (voir *supra*, n° 122), mais pour des raisons qui n'ont rien à voir avec l'inexistence.

(65) Encore n'importe quel fait ne peut-il avoir ces conséquences : il faut qu'il corresponde à une situation susceptible d'être juridiquement consacrée ; ainsi tout d'abord, le fait en lui même ne doit rien avoir qui soit objectivement contraire à la loi ; plus exactement, il faut que son illégalité touche seulement l'origine de la situation plutôt que sa nature. Ainsi le droit de propriété peut naître entre les mains du possesseur car il n'est pas contraire au Droit que Primus soit propriétaire plutôt que Secundus, mais que Primus ait acquis à *non domino*. Par contre, si le bien possédé est hors commerce parce qu'il appartient par exemple au domaine public, ce qui est illégal, ce n'est pas la transmission du droit, c'est le fait même de sa possession par un particulier : il n'y a pas de prescription.

De même, certaines situations, sans être le moins du monde illégales, ne sont pas consacrées par la loi — ou tout au moins sont frappées par elle d'une perpétuelle précarité. Ce caractère rejaillit sur la prescription. Ainsi l'indivision est-elle conçue comme une situation précaire qui ne doit pas durer tant qu'une convention n'est pas venue la consacrer — et l'organiser. Il en résulte que l'action en partage donnée par l'article 815 est imprescriptible : si en effet l'action en partage était prescrite, l'indivision serait figée — voilà ce que la loi ne veut pas l'article 816 vise la possession acquisitive... Cf. Planiol, Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. IV, p. 967.

125. Ainsi, lorsque l'acte nul est exécuté, le « fait » de l'exécution est contraire au Droit qui voudrait l'inefficacité — il s'oppose au droit de critique (66). Par contre, il est conforme à ce que donnerait l'efficacité. Dans ces conditions, c'est le droit de critique qui se prescrit tandis que le temps s'écoule : la validité naît de la prescription. Il n'y a aucune difficulté à admettre l'application de l'article 2262, même aux hypothèses de nullité radicale.

Inversement, si l'acte demeure inexécuté, le fait est conforme à la loi : le droit de critique ne se prescrit pas : l'exception de nullité pourra être opposée à l'action en exécution qui, elle, à vrai dire, se prescrit dans le même temps (67) et cette exception est perpétuelle (68).

126. — Les modalités variées de la prescription des différents droits de critique apparaissent dans cette perspective comme autant de facteurs de leur aménagement par la loi. Elles procèdent des influences conjuguées de la règle violée et du milieu. Ainsi s'explique comment le délai de prescription des actions d'état varie suivant les titulaires (69) ; ainsi surtout, le délai de dix ans, qui est le droit commun des nullités relatives, s'explique naturellement par un compromis ménageant des intérêts contradictoires : intérêt des tiers relativement préservés par l'abrègement du delai contre l'incertitude où les met une nullité dépendant du bon vouloir d'un titulaire exclusif ; intérêt de ce dernier, protégé par le déplacement du point de départ du délai que la loi reporte dans le cas de la violence au jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, au jour où ils sont découverts ; dans le cas d'incapacité, au jour où elle a cessé (art. 1304, § 2 et 3).

(66) Rappr. Japiot, *op. cit.*, p. 817.5818.

(67) Le point de départ des délais pose, en matière de nullité, un problème délicat. On pense pouvoir le résoudre de la façon suivante :

— S'agissant d'un acte à exécution instantanée :

a) Il n'est pas exécuté : les faits confirment l'invalidité depuis le moment où l'exécution pourrait être demandée. C'est l'éventuelle action en exécution qui se prescrit avec la validité depuis le jour où elle est ouverte, c'est-à-dire depuis l'échéance.

b) L'acte est exécuté : les faits confirment la validité. C'est l'action en nullité qui se prescrit depuis le moment où elle est ouverte, c'est-à-dire depuis la conclusion définitive de l'acte (c'est d'ailleurs le premier fait confirmant la validité...).

— S'agissant d'un acte à exécution successive, les mêmes principes donnent une solution identique lorsqu'il n'y a aucune exécution.

Par contre, si l'exécution s'est poursuivie pendant un certain temps, c'est depuis l'échéance de la première inexécution que l'action en exécution se prescrit. Mais l'action en nullité se prescrit à dater de la conclusion définitive de l'acte, puisque c'est le premier d'une série de faits conformes à la validité. On peut seulement se demander si l'inexécution n'entraîne pas une suspension de la prescription : à compter de ce jour, les faits confirment l'invalidité.

(68) Voir A. Dessaux, *L'article* 1304 *et la perpétuité de l'exception*, Thèse Paris, 1937. Mais lorsque le délai est prefix, comme, en matière de lésion, celui de l'article 1676 du Code Civil, il emporte aussi bien l'exception que l'action : Civ., 29 mars 1950, *Gaz. Pal.*, 1950.2.106.

(69) Voir *supra*, n° 122.

Les dispositions particulières établissant des délais inférieurs à 10 ans, dont certains sont préfix (70), dont beaucoup résultent de la législation la plus récente (71), procèdent d'un raisonnement identique.

127. — Nous sommes ainsi arrivés au terme de l'examen des conditions de mise en œuvre de la nullité. Il est apparu que leur organisation suppose une réaction dynamique dont le développement est parfois gêné dans notre droit par les reminiscences de la thèse classique. Il faut régler un conflit d'intérêts. On remarquera, en guise de conclusion, que l'on ne saurait caractériser la nullité à partir de l'ensemble de ses conditions de mise en œuvre. Ce n'est possible, en réalité, qu'à propos de chacune d'entre elles : ainsi, telle nullité sera relative par son titulaire unique, mais absolue parce qu'inconfirmable — ou bien prescriptible par trente ans, donc absolue, mais confirmable, etc... (72).

On observera d'autre part que la nullité peut être plus ou moins relative, plus ou moins absolue. C'est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit de déterminer les titulaires de l'action : leur nombre varie insensiblement depuis l'action strictement personnelle jusqu'à celle que le Ministère public peut exercer comme partie principale.

(70) En matière de lésion par exemple, voir le délai de deux ans de l'article 1676 : Civ., 29 mars 1950, D., 50.396 ; rappr. article 2, loi du 8 juillet 1907 sur les ventes d'engrais, en matière de vice rédhibitoire voir le « bref délai » de l'article 1648 et rappr. les articles 241 à 243 du Code rural...

(71) Spécialement la loi du 13 juillet 1965 réformant le droit des régimes matrimoniaux. Voir les nouveaux article 215 (un an), 280 § 3 (deux ans) 1398 (un an)...

(72) Voir Flour, Cours polycopié de 2e année de licence, 1964-1965, *Les cours de droit*, Durry, *op. cit. Travaux de l'Assoc. Henri Capitant*, 1965, p. 611 et s.

CHAPITRE II

LES CONSÉQUENCES DE LA NULLITÉ

128. — Si rigide que soit la classification usuelle, nous venons de voir qu'elle ébauchait une gradation dans le régime des conditions de mise en œuvre de la nullité.

Or selon la théorie classique, celle-ci entraîne l'anéantissement rétroactif dans tous les cas, c'est-à-dire quelle que soit la nature absolue ou relative du vice qui la fonde. On comprend mal cette uniforme brutalité : c'est un peu comme si le fondement de la nullité avait changé entre la conclusion de l'acte et le jugement d'annulation... C'est que se manifeste ici l'influence de l'idée d'inexistence (1). L'anéantissement est présenté comme une nécessité impérieuse : l'acte n'ayant pu se former, ses effets n'ont pu se produire ; il n'opère aucun transfert de droit, ne fait naître aucune obligation.

S'il a cependant été exécuté en tout ou en partie, la même idée pèse sur les règles qui organisent la réaction en pliant les faits au principe qui, paradoxalement, les excomunie. Ainsi les choses sont-elles remises dans l'état exact où elles étaient avant l'exécution ou, plus exactement, dans l'état où elles se seraient trouvées sans l'apparence d'un acte...

La logique aidant, on pousse la règle jusqu'à ses ultimes conséquences : elle frappe les effets les plus lointains. Elle exerce sa rigueur en cascade jusqu'à anéantir les aliénations successives, entre quelques mains que se trouve leur objet : *resoluto jure dantis, resolvetur jus accipientis* (2).

Mais c'est négliger deux aspects fondamentaux de la réaction que les réminiscences de la thèse classique contribuent parfois encore à masquer, malgré l'orientation constructive du droit en vigueur.

129. — D'abord il n'est pas tenu compte du lien qui unit le fondement et les conditions de la nullité à ses conséquences. Celles-ci sont présentées comme un anéantissement nécessaire. Mais la nécessité « logique » tient lieu trop souvent des nécessités concrètes

(1) Voir *supra*, nos 89 et s.
(2) Voir Civ., 20 avril 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.2.91.

qui, seules, peuvent raisonnablement expliquer l'inefficacité. Ces nécessités sont en premier lieu celles qui fondent la nullité : nous avons vu combien elles pouvaient être diverses (3) ; les conséquences de la nullité doivent l'être tout autant (4).

La sanction qui frappe l'acte passé par un mineur agissant seul hors des limites de sa capacité, mais à un âge où il jouit de discernement, illustre l'influence du fondement sur les conséquences. L'objectif recherché par des règles qui paralysent la capacité du mineur n'est pas que celui-ci ne puisse jamais contracter : l'incapacité n'est que l'un des moyens employés. L'objectif, c'est qu'un mineur ne doit pas éprouver de dommage de son commerce avec les tiers. Cela donne la mesure de la sanction : *minor restituitur*... La nullité est suspendue à la preuve d'une lésion, d'un dommage éprouvé par l'incapable. D'autre part, cette nullité n'opérera pas mécaniquement ; ses conséquences manifestent encore l'esprit qui l'anime : puisqu'il faut éviter au mineur tout dommage, l'acte lésionnaire ne sera pas anéanti sans discernement ; il faudra tenir compte dans les restitutions du fondement de la nullité ; le mineur, pour sa part, ne restituera que son enrichissement (5).

Nous allons voir un peu plus loin comment les nombreuses applications de ce principe font naître des nullités « partielles » peu compatibles avec la thèse classique.

130. — Ensuite, la loi doit le plus souvent résoudre le conflit d'intérêts opposés : ceux que protège la nullité et ceux qu'elle lèse (6). Il convient d'éviter que la réaction ne crée elle-même un désordre égal ou plus grand que l'irrégularité initiale. C'est pourquoi, dans de nombreux cas, la loi force les premiers à composer, voire à s'incliner devant les seconds.

Le droit subjectif fondé sur les intérêts attachés à la nullité est donc le résultat d'un compromis ; la loi ne protège pas systématiquement tous ces intérêts, mais seulement ceux qu'elle juge préférables aux intérêts ou à certains des intérêts attachés à la validité (7).

131. — Ces deux notions délaissées par la doctrine classique d'un rapport étroit entre les conditions et les conséquences de la nullité d'une part et, d'autre part, d'un conflit d'intérêts entre lesquels la nullité compose, assouplissant ainsi le rapport du fondement aux conséquences, expliquent la plupart des solutions du droit positif que nous allons maintenant passer en revue comme autant d'exemples de dérogations au principe de l'anéantissement

(3) Voir *supra*, n° 105.
(4) Voir JAMBU-MERLIN, « Essai sur la rétroactivité des actes juridiques », *Rev. Trim. dr. civ.*, 1948, p. 271.
(5) Articles 1315 et 1317 du Code Civil.
(6) Rapp. *supra*, n° 97.
(7) Rappr. en particulier PIÉDELIÈVRE, *op. cit.*, p. 305.

rétroactif. Pourtant d'insidieux souvenirs portent encore les tribunaux à négliger parfois les raisons concrètes qui justifient l'inefficacité et lui donnent sa mesure.

On examinera donc des hypothèses où la loi considère seulement les intérêts lésés par l'irrégularité : elle les protège par une nullité qui n'a pas toujours besoin d'entraîner la disparition complète de l'acte (*infra*, Section I) ; puis des hypothèses où la nullité est amenée à composer avec les intérêts attachés à la validité (Section II). La nullité ainsi « tempérée » est le plus souvent une véritable dissolution : l'inefficacité peut être complète sans être rétroactive (8) ; mais, dans certains cas extrêmes, pendant de l'anéantissement rétroactif, la nullité disparaît complètement devant les intérêts attachés à la validité et se voit parfois remplacée par une autre sanction (9).

SECTION I

LA CONSÉCRATION DES SEULS INTÉRÊTS ATTACHÉS A LA NULLITÉ

132. — Dans une série d'hypothèses la loi consacre les seuls intérêts attachés à la règle violée : en quelque sorte, les intérêts de la nullité. Elle crée le droit de critique sans tenir compte d'éventuels intérêts concurrents. La réaction est à l'état pur et, c'est ici qu'apparaît le mieux le lien qui unit les conditions de la nullité à ses conséquences : l'inefficacité est exactement proportionnée à l'intérêt qu'elle protège, au but poursuivi sur le fondement de la règle violée : autant qu'il en faut, ni plus ni moins. Dans cette perspective, l'anéantissement rétroactif est loin d'être indispensable...

Le type de ce genre de sanction est sans doute l'exemple pris plus haut du mineur lésé (10).

Mais les hypothèses dans lesquelles la loi se satisfait d'une inefficacité limitée sont nombreuses (§ 1) ; nous en détacherons celles dans lesquelles il est particulièrement tenu compte de la réparation du vice originaire (§ 2).

(8) Il est évident que la question de rétroactivité ne peut se poser que pour un acte exécuté ; l'acte inexécuté ne peut être anéanti « rétroactivement ». Cela n'aurait pas de sens. Il suffit de le priver pour l'avenir des effets qu'il n'a pas produits jusqu'à l'annulation...

(9) Rappr. la troisième partie de la thèse de M. Farjat sur l'ordre public économique.

(10) *supra*, n° 129.

§ 1. — L'inefficacité limitée

A. — *Inefficacité partielle.*

133. — Le Droit connaît d'abord toutes sortes d'inefficacités partielles. C'est la nullité limitée aux clauses non déterminantes d'un contrat, par interprétation des articles 1171 et 900 du Code civil (11) : le contrat subsiste, amputé des dispositions contraires à la loi.

Plus significatives sont les hypothèses de réduction des libéralités pour atteinte à la réserve héréditaire et, en particulier, lorsqu'il s'agit de libéralités faites à des enfants adultérins et incestueux (12) ; ou encore la jurisprudence fondée sur les dispositions de l'article 337 du Code civil qui protège la famille légitime contre les reconnaissances intempestives...

Mais l'exemple le plus curieux est sans doute fourni par l'article 1077 du Code civil concernant l'omission d'un enfant lors d'une donation partage. Le vice est fondamental (13). L'opération est donc, en principe, radicalement nulle en tant que partage (14). Pourtant le texte réserve le cas où les biens non compris dans la donation et subsistant lors du décès se trouveraient suffisants pour constituer la part de l'héritier omis. On se contentera alors de l'apportionner sur ces biens, et aucune inefficacité ne frappera l'acte. Dans cette hypothèse, la nullité disparaît devant une sanction mieux adaptée aux exigences qui la fondent.

Sans doute devrait-il en aller de même sans difficulté dans l'hypothèse où un non-successible serait par erreur compris dans le partage. Mais on regrettera que la Cour de cassation (15), qualifie l'acte d'« inexistant ». Pourtant, son inefficacité sera dans la plupart des cas beaucoup moins satisfaisante que la solution qui consiste à répartir entre les successibles les biens formant la part de l'étranger (16).

(11) Voir par exemple la jurisprudence célèbre sur les clauses de viduité insérées dans un testament — où, plus récemment, le problème soulevé par l'interdiction du mariage aux hôtesses d'Air-France (Paris, 30 avril 1963, D.P., 1963.11. 13205 *bis* ; Soc., 16 janv. 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.I.421 ; Soc., 27 avril 1964, D., 1965.214. Voir notes Rouast, D., 1963.428, D., 1965, p. 213 ; Voirin, D., 1963, doc. p. 247 ; Despax, *J.C.P.*, 63.I.1776, n° 13).

(12) Principes posés par les articles 762 et 908 § 3 du Code Civil.

(13) C'est une hypothèse de nullité relative généralisée, cf. *supra*, n° 111.

(14) Voir les formules employées par Req., 21 mars 1922, S.C.P., 1923.1.60, à propos d'un simple partage, et par Civ., 18 décembre 1962, D., 1963, p. 145, note Voirin, pour le vice comparable d'inclusion d'un non-successible dans le partage.

(15) Civ., 19 décembre 1962, précité.

(16) Voir Savatier, *Rev. Trim. dr. civ.*, 1963, p. 388 : « Si l'équilibre des parts « a été respecté entre les véritables appelés, dans les lots qui leur ont été respecti- « vement attribués, il y aura lieu seulement, à la suite de la représentation des « biens formant la part de l'intrus, à un partage complémentaire...

B. — *Nullité — Dissolution.*

134. — On rapprochera de ces exemples ceux où l'inefficacité est limitée dans le temps et concerne seulement l'avenir de l'acte juridique ou de la fraction illicite de cet acte.

Ainsi les baux de plus de neuf ans conclus par l'usufruitier (17), le mari, chef de la communauté (18), ou le tuteur agissant seul (19), ne sont opposables au nu-propriétaire, à la femme, au mineur, ou à leurs ayants cause, que pour la période de neuf ans en cours lors de la cessation de l'usufruit, de la majorité, ou de la dissolution.

Dès lors on peut s'étonner de la rigueur avec laquelle la cour de cassation anéantit les baux perpétuels — c'est-à-dire ceux dont la durée prévue dépasse les 99 ans du bail emphytéotique (20). La force du concept de l'inexistence paraît l'avoir entraînée au-delà de ce qui paraît nécessaire : la simple réduction à la durée maximale...

C. — *Inopposabilité.*

135. — Il en sera de même dans l'abondante matière des inopposabilités (21) où, la règle violée protégeant essentiellement les tiers — créanciers et ayants cause, l'inefficacité existe seulement à leur égard.

Ou bien l'acte ne produit aucune espèce d'effet vis-à-vis des tiers qui peuvent le tenir pour non avenu entre les parties mais il produit pourtant soit tous ses effets, c'est par exemple l'hypothèse de la fraude paulienne (22) ; soit seulement certains d'entre eux ou des effets voisins et originaux, et c'est l'hypothèse du défaut de publicité dans l'aliénation d'un immeuble, ou de l'acte apparent (23).

Ou bien l'acte qui produit tous ses effets entre les parties qui ne peuvent l'opposer aux tiers, pourra être invoqué par un tiers. C'est l'hypothèse de la contre-lettre (24).

(17) Article 595, § 2, qui depuis la loi du 13 juillet 1965 sert de terme de référence pour tous les administrateurs de biens d'autrui.

(18) Article 1429 ancien, 1424 et 1507 (nouveaux).

(19) Article 1718 nouveau.

(20) Voir Civ., 20 mars 1929, D.P., 1930.I.13, note Voirin ; Soc., 17 décembre 1953, *Bull.*, IV, n° 807, p. 580 ; Soc., 29 mai 1954, D., 54.640.

(21) Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 1921 ; à partir du moment où l'on admet qu'en matière de nullités l'anéantissement total n'est pas la règle, mais qu'il existe au contraire des nullités dont l'effet est régulièrement limité, en particulier quant aux personnes intéressées, la plupart des cas d'inopposabilité sont en même temps des hypothèses de nullité. Rappr. Durry, *op. cit.*, *Trav. Assoc. Capitant*, 1965, p. 614.

(22) Article 1167.

(23) Cf. *infra*, n° 160. Voir J. Chevallier, *op. cit.*, *Trav. Assoc. Henri Capitant*, 1965, p. 517.

(24) Voir article 1321. Pour l'acte simulé par les parties à la contre-lettre, le raisonnement est inverse : cet acte est nul en ce sens, que les parties n'ayant pas entendu s'engager, il y a défaut de consentement. Cependant il sera « validé » à l'égard des tiers en application des principes de l'apparence, *infra*, n° 141.

Ou bien, enfin, et inversement, si les parties ont renoncé à l'inefficacité, préférant la validité, celle-ci ne pourra être opposée aux tiers, comptant sur l'invalidité, en vertu de l'effet relatif de la confirmation (25).

§ 2. — Le rôle de la réparation.

136. — Le rapport qui lie les conditions de la nullité à ses conséquences apparaît également dans le rôle que jouent certains événements postérieurs à l'acte, qui réalisent une réparation complète ou partielle de ses irrégularités : la réparation effaçant le vice qui fonde la réaction, celle-ci perd de sa raison d'être (26).

Les actes législatifs (codes et loi postérieures) font de nombreuses applications de l'idée de réparation. Ainsi l'article 362 de la loi du 26 juillet 1966 sur les sociétés commerciales reprenant pour l'essentiel les termes du Décret-loi du 8 août 1935 sur les sociétés par actions, dispose : « l'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la « nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en « première instance, sauf si cette nullité est fondée sur la violation de « l'ordre public ou des bonnes mœurs »...

Les plus caractéristiques parmi les hypothèses que l'on peut relever dans le Code civil sont sans doute celles qui paralysent l'action en rescision pour cause de lésion par le versement d'un complément de prix (27). On en trouvera d'autres exemples dans les règles propres aux nullités de mariage : le vice d'impuberté est couvert par la grossesse de la femme (28) et le défaut d'autorisation de l'époux est réparé par l'approbation expresse ou tacite de l'ascendant, donnée après le mariage (29).

La jurisprudence a même dans certains cas appliqué cette idée à des hypothèses non prévues par les textes : ainsi, la présentation des deux originaux de l'acte sous seing privé purge le vice résultant de l'absence de mention du nombre des exemplaires (30) et la nullité de la vente de la chose d'autrui est couverte par l'acquisition de la chose par le vendeur avant la demande en nullité (31).

(25) Article 1338.

(26) Voir FARJAT, *op. cit.*, n° 352 et s., sur la disparition du vice et l'ordre public économique.

(27) Articles 891, 1681.

(28) Articles 144, 185.

(29) Article 183. On peut en rapprocher l'article 196 dans la mesure où la possession d'état purge les vices de forme.

(30) Article 1325, § 3 ; Civ., 13 juin 1883, D.P., 84.1.38.

(31) C'est une consolidation de la vente par réparation du vice qui l'affecte, et non une confirmation : l'acheteur ne renonce pas au droit de critique ; au contraire, le vendeur, qui n'en est pas titulaire (voir *supra*, n° 115, note 33) devenu propriétaire, peut imposer la validité à l'acheteur malgré la volonté exprimée par ce dernier de faire annuler la vente. Il suffit que la réparation (acquisition par le vendeur, ou ratification du verus dominus) intervienne avant que l'acheteur ait formé sa demande en nullité. Voir Civ., 12 juillet 1962, D., 1963.246 et obs. Cornu, *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1963, p. 113. cf. Req., 23 juillet 1835, D.P., 1835.I, p. 444.

137. — Contrairement à la première impression d'ailleurs, de tels exemples contredisent les théories classiques.

C'est d'une part qu'il est difficile d'admettre qu'un acte originairement informe par le défaut d'un « organe vital » puisse revivre après avoir été inexistant : cela se conçoit, s'agissant d'une simple « infirmité », d'une nullité relative (32). Cela ne se conçoit pas s'agissant d'une nullité radicale. Or les hypothèses de réparation concernent aussi bien des nullités relatives (33) que des nullités absolues (34).

C'est d'autre part que nombre d'hypothèses de réparation procèdent d'une démarche beaucoup plus élaborée que celle que définit le schéma classique en matière de simple infirmité : la réparation ne suffit pas à purger le vice, elle n'est que le fondement d'une solution qui tient compte de considérations complexes tirées des buts poursuivis par la règle violée.

On s'en rendra compte d'abord en constatant que dans toutes les hypothèses où intervient l'idée de réparation, il ne s'agit pas toujours de réparation intégrale : le complément de prix de l'article 1681, qui paralyse l'action en rescision, est inférieur de 1/10 au prix normal ; dans un autre ordre d'idées, le divorce prive les époux du droit de faire annuler le mariage (35).

Ensuite, la réparation complète n'est pas toujours suffisante : il faut un délai de six mois après la survenance de l'âge fixé par l'article 144 pour que soit purgé le vice d'impuberté (36).

Enfin, elle peut être parfaitement inopérante : la mort du premier conjoint ne purge pas le vice de bigamie ; le déclassement d'un bien du domaine public ne valide pas le contrat dont il était l'objet et la jurisprudence s'est généralement refusée à tenir compte de la « régularisation » des contrats qui contreviennent à la législation économique (37).

138. — Force est donc d'admettre qu'il y a autre chose que la mécanique par laquelle on vient combler un vide qui paralysait l'acte. Il s'agit en réalité d'un aménagement dont la portée dépasse l'idée de réparation qui est à sa base.

Ainsi par exemple l'approbation du mariage de mineurs donnée après la célébration par les ascendants dont le consentement n'avait pas été recueilli, paralyse l'action, non seulement de leur chef,

(32) Cf. Lésion, absence d'autorisation en vue du mariage, omission de la formalité des doubles, etc...

(33) Dans la perspective classique, la confirmation est une réparation ; voir *supra* nos 114 et s.

(34) Cf. impuberté des époux, vente de la chose d'autrui, voir obs. Cornu, *loc. cit.*

(35) Cass., 24 mai 1892, D.P., 1893.1.412.

(36) Article 185.

(37) Req., 9 décembre 1946, *J.C.P.*, 1947.IV.18, *Gaz.Pal.*, 1947.1.62 et obs. Carbonnier, *Rev. Trim. dr. civ.*, 1947, p. 199. Rapp. Ripert, *Etudes Gény*, II. « Ordre économique et liberté contractuelle », n° 8. Farjat, *op.* cit., n° 502, 536 et s.

mais encore de celui des époux ; ou bien encore, en matière de publicité foncière, il est prévu qu'à certaines conditions les irrégularités de la publication peuvent être réparées ; dès lors, le rejet de formalité par le conservateur (38). donne lieu à une procédure (39) qui permettra à la publication, une fois « réparée », de produire effet au jour du dépôt initial.

SECTION II

LA CONSÉCRATION DES INTÉRÊTS ATTACHÉS A LA VALIDITÉ

139. — Mais les solutions qui laissent subsister certains des effets de l'acte ne procèdent pas uniquement de la consécration des intérêts qui s'exprimaient dans la règle violée. Certaines d'entre elles tiennent compte d'intérêts concurrents qui réclament la validité (40).

L'aménagement des intérêts va ainsi de la simple coordination au règlement d'un conflit par lequel la nullité compose avec les exigences de la validité jusqu'à parfois capituler complètement.

On peut voir une simple coordination dans ces hypothèses de réduction par conversion (40') que la doctrine classique explique en soutenant que les effets qui subsistent correspondent en réalité à ceux d'une institution voisine dont les conditions se trouvent remplies par hasard. Ainsi, une fois le mariage annulé, demeurent cependant les preuves de la filiation des enfants qui en sont issus, et l'obligation de respecter un délai de viduité propre à éviter la confusion de part (41) ; la disposition, même nulle, de l'objet légué vaut révocation tacite (42) ; la citation devant un juge incompétent interrompt cependant la prescription (43) ; l'instrument nul comme acte sous seing privé peut valoir commencement de preuve par

(38) Art. 34 du Décr. du 4 janvier 1955.

(39) Article 26 du Décr. du 4 janvier 1955.

(40) Japiot a très justement noté à ce propos : « ... La nullité qui, théoriquement, frappe l'acte à raison d'un vice originaire et le rend *ab initio* impuissant à produire des effets juridiques, pratiquement intervient dans un milieu tout différent, extrêmement complexe, bien mal préparé parfois à le recevoir. Ainsi, une fois le but reconnu, nous ne songerons pas uniquement à l'atteindre... Nous tiendrons compte des considérations antagonistes... », p. 175.

(40') Voir TERRÉ, *op. cit.*, nos 224 et s. ; et PERRIN, *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques*, thèse, Dijon 1911.

(41) La reconnaissance d'enfant naturel faite sous seing privé est nulle comme reconnaissance, mais jointe à la preuve de l'accouchement de la mère, elle autorise la preuve par possession d'état de l'identité de l'enfant avec celui dont elle accouche (341) ; elle constitue d'autre part un aveu écrit de paternité ouvrant l'action en recherche selon l'art. 340, § 3 ; émanant de la mère, elle constitue l'aveu qui, au sens de l'art. 336, ratifie la déclaration du père à l'officier d'état civil et vaut reconnaissance.

(42) Article 1038 du Code civil.

(43) Article 2246 du Code civil.

écrit (44). Mais là encore, l'explication classique tronque arbitrairement la réalité positive ; il y a souvent plus qu'une simple conversion : création d'une solution nouvelle propre à la réaction. L'article 1378 en est un exemple caractéristique : « l'acte qui n'est point « authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier ou par « défaut de forme vaut comme« écriture privée s'il a été signé des « parties ». L'acte authentique, nul comme tel, a donc l'effet d'un acte sous seing privé. Ce n'est pas cependant qu'il en remplisse les conditions de validité. Sa force probante « n'est même pas subordonnée à « l'observation des formalités qui auraient été nécessaires pour la « validité d'un acte sous seing privé proprement dit, telles que les « formalités du double et celle du « Bon pour... » (45).

Inversement, en cas de nullité de l'émancipation du mineur commerçant, ceux des actes de commerce passés par le mineur, qui présentent le caractère d'actes d'administration, et seraient donc valables au sens du droit civil de la minorité, sont cependant annulés (46).

Mais la coordination des intérêts en présence impose le plus souvent un compromis dont la survivance des conceptions classiques ne peut que gêner l'élaboration (§ 1). Il arrive même dans certains cas extrêmes que la nullité disparaisse entièrement devant les exigences des intérêts de la validité (§ 2).

§ 1. — Le compromis avec les intérêts de la validité.

140. — Dans les exemples que nous avons d'abord envisagés, le caractère partiel de l'inefficacité découle simplement des exigences relativement limitées des intérêts de la nullité.

Ici les exigences de la nullité imposeraient un anéantissement total si on devait ne considérer qu'elles seules. Il se trouve qu'elles cèdent en partie devant certains impératifs de la validité : ainsi, l'article 840 du Code civil limite l'anéantissement du partage nul pour violation des règles sur l'habilitation des mineurs ou interdits : bien que nul, ce partage vaut cependant partage provisionnel.

141. — D'autre part, certaines applications de la théorie de l'apparence (47) aboutissent à limiter l'innefficacité quant aux personnes. L'article 196 du code civil en donne un bon exemple : lorsque les parties ont la possession d'état d'époux légitimes et qu'il existe un acte de célébration — c'est-à-dire lorsqu'ils ont toute l'apparence de gens mariés — ils ne peuvent faire prononcer la nullité du mariage pour vice de forme. Mais la fin de non recevoir

(44) Voir Civ., 26 octobre 1898, D.P., 1899.1.16.

(45) Piédelièvre, Thèse cit., p. 69-70.

(46) Cf. Julliot de la Morandière, Rodière et Houin, *Droit Commercial*, 4e éd., I, n° 71. Civ., 7 mars 1922, S., 22.1.145, note Lyon-Caen.

(47) Voir Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Paris 1959, voir *infra*, n° 160.

qui leur est opposée ne concerne pas les tiers qu'elle vise précisément à protéger : ceux-ci peuvent attaquer le mariage (48).

Le plus souvent d'ailleurs, la notion d'apparence aboutit à une solution inverse de celle constituée par l'inopposabilité (49) : la nullité — et non la validité — sera inopposable aux tiers (50). La simulation (51) est peut-être l'illustration la plus frappante de cette inopposabilité à l'envers : si la contre-lettre, valable inter partes est sans effet au regard des tiers (52), l'acte simulé peut être considéré comme nul entre les parties dans la mesure où elles n'ont pas réellement consenti à s'engager : il y a défaut de consentement. Il sera cependant valable au regard des tiers si certains d'entre eux y trouvent un avantage (53).

Les règles du droit cambiaire imposent des solutions analogues : dans la mesure où l'effet de complaisance « destinés à tromper les « tiers sur les relations existant entre le souscripteur et le bénéficiaire » est considéré comme nul par la jurisprudence (54), l'indépendance des signatures entraîne pourtant l'obligation cambiaire des signataires de l'effet et sa validité à l'égard des porteurs de bonne foi (55). Il en va de même pour la plupart des irrégularités que le titre ne révèle pas (56).

142. — Mais les hypothèses les plus typiques sont celles où la nullité, pour des raisons qui tiennent principalement aux parties, mais où l'intérêt des tiers entre également en ligne de compte, n'opère plus d'anéantissement que pour l'avenir ; elle se voit limitée dans le temps ; ce n'est plus en somme qu'une dissolution anticipée. Il en est ainsi particulièrement en matière de mariage et de contrats successifs.

(48) Paris, 2 avril 1941, *J.C.P.*, 1942.II.1936, note Voirin.

(49) Voir *supra*, n° 135.

(50) Lorsque la nullité du mariage a été prononcée la jurisprudence permet aux tiers d'invoquer l'apparence pour échapper à ses conséquences en ce qui les concerne, et ceci, que le mariage soit au nom putatif. Voir H.L.J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 2e éd., I, n° 811 — et Paris, 5 juillet 1960, *J.C.P.*, 1960.II. 11887 : l'enfant naturel trouve dans l'apparence du mariage nul de son père prétendu le droit d'exercer contre lui l'action alimentaire de l'article 342, paragraphe 2 du Code civil que la jurisprudence réserve aux seuls enfants adultérins.

(51) Voir Bredin, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », *Rev. Trim. Civ.*, 1956, p. 261 et s.

(52) Voir *supra*, n° 135.

(53) Civ., 2 février 1852, D.P., 1852,I, p. 49 ; Civ., 25 avril 1939, D.P., 1940.I.12 ; Soc., 14 décembre 1944, S., 1946, I, p. 105, note Plaisant. L'influence de l'idée d'inexistence ne s'en est pas moins fait sentir à travers les arrêts anciens qui, partant de la nullité de l'acte simulé, ont donné effet à la contre-lettre pour régler le conflit des tiers qui l'invoquaient et de ceux qui se prévalaient de l'apparence : Req., 25 janvier 1847, D.P., 1847.IV.342 ; Paris 5 juin 1905, D.P., 1908.II.129, note de Loynes.

(54) Req., 18 octobre 1886, D.P., 87.I.340 ; Req., 21 mars 1910, D.P., 1918.1. 281, note Lacour ; Civ., 16 juillet 1928, S., 1929.1.57, note Lescot ; Req., 11 mars 1935 DH. 1935.210.

(55) Civ., 29 mars 1887, D.P., 1887.1.451 ; Civ., 6 mars 1915, S., 1916.1.5 ; Civ., 28 juin 1929, S., 1929.1.350 ; Req., 30 décembre 1931, D..H, 32.65 et Req., 11 mars 1935 précité.

(56) Voir *infra*, n° 163 pour la signature falsifiée.

A. — *Le mariage putatif.*

143. — Le mariage putatif des articles 201 et 202 du Code civil est l'illustration la plus certaine, la plus ancienne aussi, d'un tel compromis.

L'application stricte des principes les plus classiques veut que le mariage nul soit rétroactivement anéanti. Les époux n'ont jamais été que des concubins ; non seulement doivent-ils se séparer, encore est-ce comme des étrangers : aucun régime matrimonial n'a existé entre eux, mais seulement une communauté de fait où chacun reprend ce qu'il prouve lui avoir appartenu en propre ; le reste est partagé en deux ; chacun est tenu personnellement des engagements qu'il a pris envers les tiers, sauf à prouver l'enrichissement de l'autre pour le faire contribuer aux dettes dans cette mesure... Les enfants sont naturels, peut-être même adultérins ; aucune parenté ne les lie aux parents des prétendus époux ; leurs droits sur la succession des père et mère sont ceux d'enfants illégitimes.

144. — Pourtant une telle rigeur trouve rarement à s'exercer. Elle doit être considérée davantage comme la peine frappant exceptionnellement une véritable fraude que comme la sanction de principe des irrégularités du mariage.

En effet, lorsqu'au moment de la célébration l'un seulement des époux était de bonne foi, le mariage produira ses effets civils, tant à l'égard de cet époux qu'à l'égard des enfants.

Les conjoints devront se séparer sans doute ; mais leur union n'est pas rétroactivement anéantie : on appliquera les règles du régime qu'ils avaient adopté pour liquider leurs intérêts. Si l'un d'eux seulement est de bonne foi, il pourra opter pour la nullité du régime si cela protège mieux ses intérêts, ce qui montre comment la solution extrême est en réalité une pénalité exceptionnelle frappant l'époux coupable. Aucune déchéance n'atteint les enfants qui conservent leur légitimité avec toutes ses prérogatives. Ainsi, la solution, de loin la plus fréquente (et, sociologiquement sinon en droit strict, la solution de principe), est une nullité tempérée, visant seulement l'avenir : une sorte de divorce.

145. — La théorie classique n'a jamais pu expliquer cette institution autrement que comme une entorse à la règle générale, qu'imposent l'équité et la tradition canonique.

Mais ni l'équité ni la tradition ne sont des explications suffisantes : la formule cache une nécessité qui reste à définir et dont elle affaiblit la portée.

En effet l'équité, la tradition, font piètre figure en face d'un raisonnement bien conduit, même si la base en est douteuse. Ainsi ce qui survit des conceptions classiques porte à considérer comme exceptionnel ce qui devrait être la règle et la jurisprudence est déroutée lorsque le vice du mariage atteint un certain degré de gravité :

l'idée d'inexistence remonte à la surface ; on ne comprend plus comment un mariage inexistant peut être putatif. Certains arrêts s'y sont laissé prendre (57) ; la plupart préfèrent le robuste bon sens de Loysel à la rhétorique classique : « Boire, manger, coucher ensemble « est mariage, ce me semble » (58). Ce mariage peut être nul, voir « inexistant », il demeure putatif (59).

146. — Si la tradition se maintient, c'est que des raisons solides la soutiennent ; de même si l'équité s'oppose aux conséquences d'un système théorique, il y a de fortes chances que pour ce système ignore une réalité puissante. Cette réalité, en l'espèce veut que si la violation des conditions de validité trouble l'ordre social au point d'imposer l'équivalent de la dissolution du mariage, il y aurait un trouble plus grand à traiter les époux en concubins, et surtout leurs enfants comme enfants naturels.

On devine alors qu'existe au cœur du mariage une nature des choses sensible à la conscience populaire qui porte à considérer comme tel toute union durable et publique entre l'homme et la femme (60) ; on s'en rend particulièrement compte à l'examen des différentes législations modernes où les conditions de la putativité se dégagent progressivement de la notion canonique d'équité ; si le Code français exige encore la bonne foi, les Codes suisses et allemand se contentent de la célébration, les lois grecques et espagnoles ne posent aucune condition pour reconnaître la légitimité des enfants (61).

(57) Req., 14 mars 1933, D.P., 1933.I.28 ; S., 1934.I.161, note H. Solus ; Aix, 19 novembre 1947, *J.C.P.*, 1948.II, n° 4254, note J. S.

(58) *Institutes Coutumières*, livre I, II, n° 6.

(59) Civ., 30 juillet 1900, D.P., 1901.I.317 : le mariage « inexistant » parce que célébré par une personne privée vaut comme putatif. Civ., 5 janvier 1910, D.P., 1911.I.338 : il en va de même pour le mariage entaché de bigamie.

(60) Il n'y a pas que des unions « durables » pour présenter ce caractère. La jurisprudence relative aux « mariages à effets limités » (v. C.I. Foulon-Piganiol, « Le mariage simulé », *Rev. Trim. dr. civ.*, 1960, p. 217 et, « Mariage simulé ou mariage à effets limités ? », D., 1965, chr. p. 9) pourrait bien dessiner les contours d'un embryon de mariage conforme, sinon au droit positif, du moins à cette nature des choses... ce qui empêche de l'annuler pour consentement insuffisant. Voir par exemple la formule de l'arrêt de la Cour de cassation, Chambre civile, du 20 novembre 1963 (*J.C.P.*, 1964, II, n° 13.498, note J. Mazeaud ; D., 1964, p. 465, note G. Raymond ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1954, p. 286, obs. Desbois) : « le désir et le souci d'assurer à un enfant une naissance légitime au sein d'un foyer légalement fondé constitue l'une des raisons majeures... de l'institution du mariage... ».

(61) D'après les articles 133 et 134 du Code suisse la loi règle les droits et les obligations des parents et des enfants « comme en cas de divorce » ; en Allemagne, le paragraphe 25 de la loi du 20 février 1946, consacre la légitimité des enfants nés d'un mariage nul, même lorsque les deux époux connaissaient la nullité ; en Espagne la légitimité des enfants quelle que soit la bonne ou la mauvaise foi des parents, résulte de l'article 69, paragraphe 4 du Code de 1889. L'U.R.S.S. paraît ignorer le mariage putatif : la nullité du mariage n'est pas tempérée par la bonne foi des époux. Mais cette nullité ne porte aucune atteinte

Cette nature des choses, d'autant plus chargée d'intérêts contraires à ceux de la nullité que le mariage a duré et a porté ses fruits, vient balancer le principe de la nullité. Elle en triomphe presque totalement dans nos lois, pourvu qu'il y ait bonne foi ; le résultat en est une solution particulière, intermédiaire entre la validité et le néant théorique : un mariage irrégulier, mais un mariage tout de même (62).

147. — Mais alors il semble que le mariage putatif soit une application d'un principe général qui peut en comporter d'autres, en particulier dans le domaine des relations patrimoniales. On peut voir dans le droit des contrats une certaine nature des choses s'opposer à l'anéantissement requis pour une protection complète des intérêts que lèse l'irrégularité initiale. Là aussi, la nullité compose et se meut en dissolution.

B. — *Les contrats successifs.*

148. — La solution est depuis longtemps acquise et fréquemment appliquée lorsque l'anéantissement se heurte à l'impossibilité matérielle de remettre les choses en l'état. C'est le cas d'une vente nulle de corps certain dont l'objet a péri (63) et, plus fréquemment, du contrat nul de bail ou de louage de service.

C'est en effet dans ce domaine des contrats successifs que le problème est le plus étudié, bien qu'au point de départ au moins, il ne se pose pas en termes particuliers : comme lorsqu'il s'agit de contrats instantanés il naît de l'impossibilité de restituer l'une des prestations, jouissance du preneur, travail du salarié ... Seulement, ce qui est accident pour un contrat instantané devient inévitable dans les contrats successifs.

La question est d'ailleurs identique s'agissant de sanctionner une irrégulatité initiale (nullité), une inexécution (résolution) ou encore le maintien indû de la situation après l'expiration du contrat...

Dans tous les cas, la jurisprudence, après avoir constaté l'impossibilité de restituer l'une des prestations, conclut à la nécessité d'une contrepartie : le preneur devra un loyer, l'employeur un salaire. Il ne pourra être répété malgré la nullité, s'il a été versé. S'il ne l'a pas été, il devra l'être ; mais, pour en décider ainsi, les arrêts qu'influence encore l'idée d'inexistence, s'abritent derrière l'équité (64),

à la légitimité des enfants. Voir Directive de l'Assemblée Plénière du Tribunal Suprême de l'U.R.S.S. du 16 Septembre 1949, paragraphe 11 (cité *in Jurisclasseur de droit comparé*, II, n° 101).

(62) Cf. la préface de M. le Professeur Rouast à la thèse de M. Gallardo sur l'institution du mariage putatif en droit français, 2e éd. 1952.

(63) Civ., 3 novembre 1948, D., 1949. 53 ; Tribunal civil de Brest, 21 janvier 1955, D., 1956. Som. 11.

(64) Cf. par exemple Civ., 28 juin 1887, D.P., 1888.1.296.

en des formules où l'on peut voir une allusion aux théories de l'enrichissement sans cause (65).

149. — Il est remarquable en effet que la doctrine classique n'éprouve aucune gêne à noter cette dérogation au jeu de ses principes : autant l'exception du mariage putatif, qui se fonde sur une simple inopportunité de la rétroactivité, contredit le fondement même de la théorie autant celles qui ne reposent pas sur la force d'obstacles purement matériels troublent peu sa conscience. Elle se rassure d'ailleurs en voyant dans la solution jurisprudentielle une application de plus de la réduction par conversion des actes juridiques : ce qui était un bail devient, après annulation du bail, occupation (66) et enrichissement sans cause...

Pourtant l'explication par l'enrichissement sans cause résiste mal à la critique.

En effet, l'action *de in rem verso* procure à celui qui l'exerce la différence entre son appauvrissement et l'enrichissement de la partie adverse (67). Or, l'indemnité prescrite par les tribunaux en contrepartie de l'impossible répétition ne procède jamais expressément d'un calcul de cet ordre ; elle est le plus souvent la somme exacte prévue au contrat (68).

150. — D'ailleurs l'action *de in rem verso* suppose que ni l'appauvrissement, ni l'enrichissement corrélatifs, n'ont de justification juridique (69). Mais ici, cette justification existe : c'est la nullité, plus que l'obstacle matériel mis à la répétition, qui provoquerait l'appauvrissement en interdisant à l'une des parties d'exiger la contrepartie de sa prestation.

On ne songe pas à le contester dans les hypothèses d'irrégularité particulièrement agressive où l'acte est non seulement nul, mais immoral, et où la poursuite de la répétition se heurte à la maxime *nemo auditur*... (70). On en conclura que si, dans le cas le plus fréquent le Droit accorde la contrepartie, ce ne peut être là aussi qu'en application des règles de la nullité et non en vertu de celles de l'enrichissement sans cause (71).

(65) Par exemple : Soc., 8 avril 1957, D., 1958.221, note Malaurie ; Soc., 27 octobre 1959, D., 1960.109 ; Soc., 2 février 1961, p. 1961, 236 ; *Revue*, 1961, 524, note M. Simon-Depitre.

(66) Cf. Voirin, note sous Nancy, 8 juin 1934, D.P., 1935.2.33.

(67) Carbonnier, *Droit Civil*, II, p. 712. cf. Civ., 19 janvier 1953, D., 1953.234.

(68) Req., 3 août 1876, D.P., 1877.1.216 ; Civ., 28 juin 1887, D.P., 1888.1.296. Cf. Malaurie, note D., 1958.223.

(69) L'enrichissement et l'appauvrissement corrélatifs ne doivent être consacrés ni directement, ni indirectement par le droit positif. Cf. Goré, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Thèse Paris, 1945, n° 107.

(70) Cf. Goré, *op. cit.*, n° 146 ; N. Catala, *La nature juridique du paiement*, n° 228.

(71) En ce sens, voir Beudant, éd. Lerebours-Pigeonnière, *Traité de droit civil*, tome IX, par M. Rodière, n° 1721, p. 340.

On rejoint par là l'idée suivant laquelle on ne saurait disposer de l'action *de in rem verso* qu'en l'absence de toute autre solution juridique (72). Lorsqu'il y a nullité, les principes qui la régissent devraient suffir à assurer le régime des répétitions ; le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause est inutile.

Malheureusement la théorie classique des nullités qui n'exprime qu'une notion passive (73), l'inappartenance au type, ne suffit pas à fournir les règles qui s'appliqueraient ici. Peut-être faut-il voir là une explication du recours au vocabulaire, sinon aux règles de l'enrichissement sans cause, dans la jurisprudence ?

151. — Par conséquent, et pour reprendre la formule classique, on peut voir ici une « réduction » par limitation des effets de l'acte nul, mais sûrement pas une « conversion »...

Il s'agit d'un aménagement de la nullité elle-même en application de ses propres principes qui la portent à opérer un compromis entre les impératifs qui fondent la règle violée, et ceux qui procèdent d'une prise en considération de la situation créée par l'acte irrégulier.

D'éminents auteurs ont déjà noté cette survivance d'une situation « para-contractuelle » à l'annulation du contrat ; c'est ainsi que le caractère synallagmatique de ce dernier subsiste jusque dans son anéantissement rétroactif, par le droit, reconnu à chaque partie, de suspendre l'exécution de son obligation de restituer tant que l'autre partie n'exécute pas la sienne. Il y a là un décalque sur le plan de l'invalidité de l'exception *non adimplecti contractus*, un « synallagmatisme renversé » (74). La jurisprudence qui nous occupe ici n'est en réalité que son prolongement : de même, sur le plan de la validité, l'action en résolution prolonge l'exception d'inexécution.

152. — Mais il est permis d'aller encore plus loin. Nous avons vu que le Droit tient compte de la nature des choses pour conserver au mariage nul son caractère de mariage jusque dans la nullité. Ne peut-on dire également qu'il y a dans certains contrats successifs au moins, une « nature des choses » qui s'oppose à l'anéantissement ? Ainsi, nous dirons que le contrat nul fait naître une situation qu'il n'est pas toujours conforme aux principes de la nullité d'anéantir rétroactivement. On évitera l'anéantissement rétroactif, non pas seulement lorsqu'il est matériellement impossible, mais aussi lorsque la situation est suffisamment précieuse aux yeux de la loi pour contrebalancer l'intérêt protégé par la réaction.

Ce dernier sera satisfait par une simple dissolution pour l'avenir. L'anéantissement complet, rétroactif, n'est plus alors que la sanc-

(72) Cf. AUBRY et RAU, IX, paragraphe 577, p. 334 ; Civ., 12 mai 1914, S., 1928.1.41 ; Civ., 2 mars 1915, D.P., 1920.1.102 ; Civ., 11 septembre 1940, S., 1941.1.121.

(73) *Supra*, n° 87.

(74) CARBONNIER, *Droit Civil*, II, n° 132, p. 436. Cf. Civ., 17 décembre 1928, D.H., 1929.52 ; Douai, 30 mai 1949, D., 1949.592.

tion la plus rude appliquée aux irrégularités particulièrement agressives — illicéité ou immoralité — et non la conséquence normale de l'annulation (75).

Ainsi n'est-ce pas seulement une situation « para-contractuelle », mais le contrat, l'acte nul lui-même, qui continue à produire effet parce qu'il est inopportun de l'anéantir.

Mais l'influence de l'idée d'inexistence est encore si forte que cette notion n'a pu apparaître nettement dans le domaine des baux, pourtant si favorable à son épanouissement (76). Pour la voir se développer, il faut pénétrer dans le droit du travail, et surtout, dans celui des sociétés.

a) Le contrat de travail.

153. — Dans ce domaine un peu spécial qu'est le droit du travail, plus neuf, plus ouvert à des innovations qui, par l'autonomie relative de cette discipline, paraissent ne pas heurter de front la stricte doctrine civiliste, on s'accorde à reconnaître à la « relation de travail » des effets que la théorie des nullités ne permet pas d'attribuer au contrat annulé (77).

Il s'agit d'une évolution commencée sous le signe du droit commun des contrats successifs : en vertu des principes posés par la jurisprudence en cas d'impossibilité de restituer, le salarié, même en cas de nullité, s'est toujours vu reconnaître un salaire pour le travail effectué. Pour le reste cependant, l'anéantissement était complet ; en particulier, il n'était pas question d'appliquer dans le cadre d'un contrat nul la législation sur les accidents du travail, mais on devait recourir au droit commun de la responsabilité.

La solution parut injuste. Une loi du 1er juillet 1938 y remédia par une disposition exceptionnelle dont le domaine fut d'abord strictement cantonné aux entreprises industrielles : les textes concernant les accidents du travail étaient déclarés applicables même en cas de nullité du contrat.

De pair avec cette réforme, la jurisprudence se mit à multiplier les effets propres de la « relation de travail ». En plus du salaire, ce sont ses accessoires : certificat de travail, heures supplémentaires, indemnités de congé payé qu'elle reconnut progressivement au salarié, indifférente à la nullité du contrat.

Enfin, malgré le silence des textes, un arrêt du 29 octobre 1953 (78)

(75) Voir JAMBU-MERLIN, *loc. cit.*, n° 29 : « ... la rétroactivité ne résulte jamais d'une logique inéluctable. Quelle que soit son origine, elle répond simplement à un but d'organisation juridique... Elle n'exprime pas autre chose que le désir du législateur de renforcer par une atteinte à l'efficacité des actes passés le droit de critique qu'il accorde à certaines personnes... ».

(76) Voir FARJAT, *op. cit.*, nos 508 et s.

(77) Voir les articles de M. le professeur P. DURAND (*J.C.P.*, 1944.1.387.) et de M. le professeur FREYRIA (*Droit social*, 1960, p. 619).

(78) *Bulletin Civil*, IV, n° 660, p. 473.

étend le bénéfice de la législation sur les accidents du travail aux salariés agricoles, montrant bien par là que ce qui était l'exception à l'origine est devenu la solution normale.

154. — Nous sommes, il est vrai, avec le droit du travail, dans un domaine envahi par une réglementation touffue et d'ordre public. Et la remarque vaut pour la plupart des grands types de contrats successifs : baux, assurances, sociétés... Dans ce domaine, le législateur tend à se saisir une fois pour toutes des situations subjectives pour les mener à sa guise, laissant une part de plus en plus restreinte à l'autonomie des parties. Dans ces conditions, il pourrait nous être objecté que ces dérogations à la théorie traditionnelle des nullités sont en réalité des formes de conversion.

Le contrat est nul ; il disparaît donc. Mais reste derrière lui l'arsenal des textes impératifs qui continuent à régir les faits qui entrent dans leur champ d'application. L'évolution que nous venons de relater viendrait alors seulement d'une modification de l'interprétation donnée à ces textes par extension de leur champ d'application... Car s'il est vrai que lorsqu'un mariage est putatif ce sont les conventions matrimoniales des parties (et non systématiquement le régime légal) qui seront appliquées, les effets propres de la relation de travail paraissent dus exclusivement à des dispositions légales impératives ; quant au salaire qui est reconnu depuis l'origine (comme l'indemnité d'occupation due au bailleur), il s'agirait moins d'une application du contrat nul que d'une estimation objective soumise au même titre à un régime légal, et qui peut être, suivant ce qu'il paraît au juge, l'équivalent des sommes prévues au contrat.

155. — Pourtant, il nous paraît artificiel d'opposer aussi absolument au sein d'une situation juridique homogène des dispositions qui se soutiennent étroitement sous prétexte que certaines naissent de l'accord des parties et les autres du texte de la loi : les dispositions impératives sont un effet du contrat, au même titre que les dispositions conventionnelles, en ce sens que le contrat est la première condition de leur application. Inversement, les clauses issues de l'autonomie de la volonté n'ont aucune force obligatoire qui soit indépendante de la loi. Si les unes comme les autres continuent à s'appliquer après l'annulation du contrat, c'est donc que ce dernier n'est pas totalement anéanti...

Il est permis de penser d'autre part que cette pseudo conversion ne peut expliquer qu'une partie des choses, correspondant au domaine d'application des dispositions impératives. Dans le domaine laissé à l'autonomie des parties, il ne peut plus être du tout question de conversion. On assiste à un maintien indiscutable de l'acte juridique, son inefficacité étant, en principe, limitée à l'avenir. L'exemple du mariage nous servira encore : à côté des dispositions impératives qui subsistent telles quelles lorsque le mariage est

putatif, les dispositions issues de l'autonomie de la volonté subsistent également.

Enfin, et surtout, c'est dans cette voie que la jurisprudence a renforcé les effets de la relation de travail. Deux décisions qui consacrent l'efficacité du contrat nul ne peuvent guère s'expliquer que par cette efficacité : depuis un arrêt de la Chambre sociale du 29 janvier 1953 (79), l'indemnité de rupture abusive est due au salarié dont le contrat est nul ; un autre arrêt de la même chambre, du 25 novembre 1960 (80), revenant sur une jurisprudence abondante, accorde dans les mêmes conditions l'indemnité de préavis...

b) Les sociétés de fait.

156. — Pourtant, c'est dans un domaine bien différent, avec la théorie des sociétés de fait, que la nullité dissolution s'est épanouie pleinement. Dès l'introduction de la nullité en tant que sanction des irrégularités de constitution, on a considéré que la société nulle qui a fonctionné peut être dissoute exactement comme se dissout une société régulière arrivée à son terme (81). Aucun autre exemple ne peut mieux illustrer d'une part l'aménagement d'intérêts contraires auquel répond cette limitation des effets de la nullité, d'autre part le maintien du contrat nul auquel on aboutit. En particulier, il ne peut être question de conversion ici (82) ; c'est le contrat qui se survit et dont on applique directement les clauses.

157. — Dans la rigueur des principes, la société nulle n'a pu produire aucun effet juridique. Elle n'a existé ni comme contrat ni comme personne. « Dès lors, plus de dette ni de créances sociales ; « les opérations avaient été entreprises au nom d'un mandant inexis- « tant ; personne n'était obligé, ni les associés, ni les tiers. Il n'y avait « plus d'associés, plus d'actionnaires, plus d'obligataires. Les apports « pouvaient être repris, libres de toute charge, aucun versement

(79) D., 1953, p. 237.

(80) *Bulletin Civil*, IV, n° 1084, p. 831 ; cf. déjà Soc., 9 juin 1955, *Bulletin Civil*, IV, n° 507, p. 385.

(81) La loi du 24 juillet 1966 consacre cette solution dans son article 368 : « lorsque la nullité de la société est prononcée, il est procédé à sa liquidation « conformément aux dispositions des statuts et de la section V du présent « chapitre. » (Section consacrée à la liquidation des sociétés dissoutes).

Il est curieux que ce soit une théorie aussi ancienne qui mette en évidence la survie du contrat nul que le droit du travail, dans ses plus récents développements, cache sous des périphrases. Ce n'est pas que le droit moderne soit davantage influencé par les idées classiques, mais plutôt que le terme, sinon la notion de contrat est dévalué à notre époque, surtout dans le droit du travail... On est inconsciemment tenté d'en limiter l'usage. Ainsi préfère-t-on sans doute l'expression de « relation de travail » qui ramène indirectement à la thèse classique : il n'y a plus de contrat, il reste seulement une relation de travail...

(82) Pour certains auteurs, il y aurait conversion de la société valable en société de fait. C'est un jeu de mots. On ne saurait parler de conversion qu'à condition de recourir à une catégorie extérieure : enrichissement sans cause, responsabilité...

« complémentaire sur les actions ou les obligations ne pouvait être « exigé ; les actionnaires et les associés étaient destitués de tout droit « sur l'actif à distribuer, comme ils étaient étrangers à toute obli- « gation sociale ; les tiers n'étaient pas engagés par les contrats passés « par les gérants ou administrateurs... » (83). Il en résulte un « véritable état d'anarchie » qui fait reprendre par Joseph Hémard le mot de Solon : « les nullités sont odieuses ! »

Elles le sont ici sans aucun doute, mais l'épithète exprime clairement que la loi a le pouvoir d'exercer de tels ravages : en principe, elle ne risque pas de se heurter à une impossibilité matérielle. Elle exerce d'ailleurs ce pouvoir lorsque l'irrégularité est d'une particulière gravité sur le plan social : la nullité des sociétés illicites ou immorales déploie sans contrainte toutes les rigueurs de l'anéantissement rétroactif (84).

Par contre, lorsque la société est plus simplement irrégulière, les considérations d'opportunité tempèrent la réaction. Parmi les intérêts en jeu, ceux des associés et des tiers (85) au sens strict l'emportent sur ceux que protège la nullité qui devront se satisfaire de la dissolution : la loi organise la sanction avec une étonnante souplesse, au moyen d'une option donnée aux tiers (86). Ils peuvent choisir entre l'anéantissement rétroactif et la simple dissolution. Ainsi les tiers peuvent poursuivre l'anéantissement que la loi n'impose pas et s'en prévaloir à l'encontre des associés. Ceux-ci ne peuvent le leur imposer (87).

158. — Dans ces conditions, qu'il n'y ait pas de tiers en cause, ou qu'ils aient intérêt à poursuivre l'exécution des obligations de la société à leur égard, celle-ci va être dissoute et liquidée comme si elle était régulière : en application de ses statuts.

Les apports ont été valablement versés au fonds social ; ceux qui restent dus doivent être complètement exécutés et les créanciers sociaux peuvent en exiger le versement.

Les bénéfices distribués restent acquis, ainsi que les avantages particuliers accordés par les statuts. Les décisions des assemblées sont valables ; les contrats passés au nom de la société l'engagent et engagent les tiers. Ces derniers pourront poursuivre la société, provoquer sa faillite ; leurs poursuites seront limitées, mais pourront atteindre le patrimoine des associés en nom.

(83) Joseph HÉMARD, *Nullité des Sociétés*, 2e éd., p. 126.

(84) Cf. Civ., 1er mars 1938, D.H., 38.259. Rapp. Req., 10 janvier 1865, D.P., 1865.1.290 ; Req., 8 novembre 1880, D.P., 1881.1.115.

(85) Vis-à-vis des tiers c'est l'idée d'apparence qui intervient, alors qu'elle ne peut entrer en ligne de compte entre les parties. Sur la nécessité de distinguer le point de vue des tiers et celui des parties. Voir CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, n° 129.

(86) Créanciers et débiteurs sociaux. Les débiteurs personnels sont considérés comme des tiers : ils ont un droit propre à attaquer la société.

(87) Sauf en cas d'incapacité ou de vice du consentement ; voir article 369 de la loi du 24 juillet 1966.

Enfin, ce sont les statuts de la société nulle qui régissent la liquidation : bénéfices et pertes sont répartis conformément à leurs dispositions ; ils désignent valablement le liquidateur et peuvent fixer ses pouvoirs.

Dans tout cela, c'est bien du pacte social qu'il s'agit : il survit à la nullité. Le droit commun des sociétés dont il est fait parfois usage (88) n'intervient qu'à défaut de dispositions statutaires, soit pour suppléer à l'absence de convention précise, comme il arrive souvent en matière de sociétés crées de fait (89), soit pour se substituer à une clause irrégulière (90) du contrat qui reçoit par ailleurs tous ses effets. C'est d'ailleurs l'application du contrat social qui empêche que l'on puisse annuler pour absence de cause ou d'objet les cessions de part d'actions d'une société nulle effectuées avant la constatation de la nullité (91).

159. — Mariage, contrats successifs et, en particulier, louage de service et société — tels sont donc les principaux exemples du compromis qu'opère la loi entre ce que réclament les intérêts de la nullité et ce qu'imposent les intérêts de la validité. Parmi ces derniers, ce sont essentiellement ceux des parties que la loi considère dans les hypothèses de nullité dissolution — et même, si l'on tient compte parfois concurremment de l'intérêt des tiers comme dans la théorie des sociétés de fait, il s'agit essentiellement de tiers proches : les créanciers directs. Il arrive aussi que la loi place au premier rang de ses préoccupations l'intérêt des tiers conçus de façon générale, et c'est alors que certains des intérêts de la validité éclipsent ceux de la nullité : celle-ci disparaît, l'acte nul se voit entièrement validé.

§ 2. — Les intérêts de la validité éclipsent ceux de la nullité.

160. — Tel est finalement l'objet de la théorie jurisprudentielle de l'apparence, comme des différents systèmes de publicité dont les règles, énoncées en matière immobilière par la loi de 1855, puis par le décret du 5 janvier 1955, sont l'application la plus caractéristique (92).

Il est difficile de parler ici de compromis : l'acte initialement

(88) Voir article 368 de la loi du 24 juillet 1966.

(89) En particulier les sociétés entre époux, dont les annulations étaient fréquentes avant l'ordonnance du 19 décembre 1958.

(90) Celle qui est à l'origine de la nullité. Civ., 22 novembre 1869, D.P., 1870.1.23 ou une autre : Civ., 8 novembre 1904, D.P., 1905.1.35.

(91) Civ., 3 juin 1885, D.P., 1886.1.25 ; Req., 19 juillet 1888, S., 1891.1.59 ; Civ., 15 novembre 1893, D.P., 1894.1.13 ; Req., 27 janvier 1920, S., 1920.1.364.

(92) On peut d'ailleurs considérer que les nombreuses applications de la théorie de l'apparence et celles qui se rattachent à la notion de publicité relèvent d'une même idée générale...

irrégulier, qui devrait être normalement frappé d'une nullité radicale, se voit pourtant validé, pourvu que soient réunies des conditions d'apparence ou de publicité qui n'ont d'ailleurs aucun rapport avec l'irrégularité (93). C'est que, devant la nécessité de protéger les tiers contre les dangers de la nullité, la loi renonce à ce moyen.

Ainsi la réaction n'atteint pas l'acte lui-même, mais se développe parallèlement : il ne s'agit plus de nullité, mais d'une autre forme de réaction, responsabilité civile ou pénale, enrichissement sans cause, etc... On aboutit parfois à bouleverser paradoxalement un acte voisin originairement régulier : c'est ce qui se produit en matière de publicité foncière lorsqu'un même immeuble est vendu par son propriétaire à deux acquéreurs successifs dont le second est transcrit en premier lieu (94).

Enfin, on peut considérer que les hypothèses dans lesquelles la loi prend en considération l'intérêt des tiers sont une étape vers la considération d'un certain intérêt général : il reste à envisager le cas où, moyennant certaines circonstances également extérieures à celles qui ont provoqué l'irrégularité, un aspect de cet intérêt général l'emporte même sur celui qui a pu fonder la nullité. Dans cette hypothèse, il s'agit essentiellement de la prescription, la nullité disparaît, mais avec elle toute autre espèce de réaction : l'acte est définitivement et entièrement validé.

A. — *L'apparence.*

161. — La théorie de l'apparence — dont nos codes consacrent expressément diverses applications (95) — est, pour l'essentiel, l'œuvre de la jurisprudence. Elle est née du souci d'assurer une certaine sécurité aux relations juridiques ; quelle que puisse être la séduction de l'idée d'inexistence, l'acte intrinsèquement nul, qui paraît valable aux tiers de bonne foi, sera le plus souvent validé (96).

Toutes sortes d'irrégularités, des plus bénignes aux plus radicales, se voient privées de sanctions dans ces conditions, en particulier dans le domaine patrimonial, où la sécurité du commerce juridique prend une importance considérable : l'apparence de la validité y suffit à paralyser la nullité, lorsque cette sécurité est compromise, même si la réaction est fondée sur une violation grave. On peut certainement rapprocher de la théorie de l'apparence le principe suivant lequel le dol de l'incapable fait obstacle à sa restitution, même s'il trouve une explication suffisante dans les règles de la responsabilité civile (97). De même, la cession d'actions non entière-

(93) En particulier, il n'est aucunement question de réparation.

(94) L'article 1141 du Code civil a le même effet en matière mobilière.

(95) Code civil, articles 132, 790, 1240, 1321.

(96) Cf. DEMOGUE, *op. cit.*, nos 276 et s. ; H. MAZEAUD, « La maxime *error communis facit jus* », *Rev. trim. dr. civ.*, 1924, p. 929.

(97) Suivant la jurisprudence fondée sur les articles 1307 et 1310 du Code Civil, cf. Req., 21 mars 1889, D.P., 1889.I, p. 192. Voir MALINVAUD, *La Respon-*

ment libérées, contrairement aux dispositions de l'article 1 de la loi du 24 juillet 1867, a été déclarée régulière, pourvu que les publications nécessaires aient été effectuées (98). De même encore, le mandataire qui dépasse les termes de son mandat engage cependant le mandant vis-à-vis du tiers de bonne foi avec lequel il a traîté (99), et cette dernière application de la notion d'apparence n'est pas de peu d'importance lorsque le mandataire est un organe de personne morale (100).

162. — En effet, la jurisprudence ne se contente pas d'annihiler ainsi la sanction d'irrégularités relativement bénignes. Elle étend les effets de l'apparence à des hypothèses où la doctrine classique n'hésiterait pas à voir des cas d'inexistence. Il en est ainsi lorsque le droit qui sert de support à l'acte juridique fait entièrement défaut dans les hypothèses de paiement ou de transmission de droit.

Le droit peut d'abord faire défaut dans la personne de l'accipiens. C'est le cas du paiement effectué de bonne fois entre les mains du créancier simplement apparent. En effet, selon les règles posées par l'article 1239 du Code civil, le titulaire véritable de la créance est fondé à en exiger le montant au solvens qui a payé par erreur entre les mains d'un tiers ; à l'imprudent de se retourner vers ce dernier qui a perçu indûment... Or, lorsque sont réunies les conditions d'apparence posées par l'article 1240, c'est au contraire au véritable créancier qu'il appartient de se retourner vers le tiers accipiens et de courir les risques de la poursuite : le solvens est valablement libéré.

163. — Il arrive à la jurisprudence d'aller très loin dans cette voie lorsqu'elle se défait des raisonnements classiques pour apprécier concrètement les intérêts en présence. C'est ainsi, par exemple, qu'a été considéré comme libéré de ses obligations le transporteur livrant la marchandise au porteur d'un avis d'arrivé dérobé et revêtu de fausses signatures... (101).

En revanche, il n'est pas sans intérêt d'examiner la situation crée par l'une des irrégularités les plus graves que puisse réceler un chèque dont pourtant l'apparence est normale : une signature falsifiée. Le problème est alors de savoir si le banquier tiré qui règle le montant du chèque est libéré comme le laisse entendre

sabilité des incapables et de la femme dotale, Paris, 1963, et en particulier les nos 144 et s. et 153 et s. (démonstration du caractère contractuel de la responsabilité du mineur, contrairement aux thèses classiques influencées par l'idée d'inexistence).

(98) Civ., 3 et 29 juin 1885, D.P., 1886.1.25. Ce qui laisse d'ailleurs entières les questions de nullité de la société et de responsabilité pénales des associés...

(99) Req., 21 mars 1910, D.P., 12.1.285 ; Req., 11 mai 1936, S., 36.1.223 ; Ass. Plen. Civ., 13 décembre 1962, D., 63.277.

(100) La loi du 24 juillet 1966 règle le problème dans ses articles 8, 14, 49 et 98.

(101) Com., 5 juillet 1949, *J.C.P.*, 1949.II, n° 5210.

l'article 35 du décret-loi du 30 octobre 1935 : celui qui paie un chèque sans opposition, est présumé valablement libéré (102).

La jurisprudence en la matière est peu claire dans la mesure où s'attachant à relever les fautes, les imprudences éventuellement commises, les arrêts esquivent le plus souvent la question de principe : qui de l'individu dont la signature est falsifiée, ou du banquier doit supporter la perte ?

A côté d'arrêts qui disent le banquier responsable parce qu'il aurait dû déceler une falsification grossière (103), on en trouve d'autres qui, pour le déclarer libéré, invoquent l'imprudence de la victime de la fraude (104) ; un arrêt de la Cour de cassation rend le banquier responsable pour « inexistence » du chèque falsifié sans relever aucune espèce de faute (105).

Enfin certaines décisions de cette même cour paraissent admettre qu'en l'état d'une falsification parfaite le banquier soit libéré par la simple apparence... (106).

La doctrine soutient généralement que le titulaire du compte, ni le bénéficiaire du chèque, ne doivent être engagés par une signature falsifiée ; elle fait donc peser sur le banquier une présomption contraire à celle de l'article 35 du décret-loi de 1935 (107). Or il est remarquable que les raisons les plus fréquemment avancées pour fonder cette opinion portent la trace de l'idée d'inexistence. Celle-ci paraît manifestement inspirer les raisonnements qui reposent sur l'invalidité du chèque (signé en réalité par un individu étranger à la provision, est-ce autre chose qu'un morceau de papier ? (108), comme ceux qui s'appuient sur l'absence d'engagement cambiaire en ce qui concerne le titulaire du compte (109).

Pourtant il semble que les règles de l'apparence, et le principe de l'indépendance des signatures, suffisent, au moins d'un point de vue technique, à expliquer que le banquier tiré soit libéré... Seule une autre explication fondée sur des considérations concrètes, pourrait justifier la solution contraire : « la protection de la victime « de la fraude doit, de toute nécessité, passer avant celle des tiers de « bonne foi » (109). Ici le client est préféré au banquier parce que celui-ci, professionnel, sait qu'il court certains risques... On peut

(102) Chéron, note au D.P. 1928.2 p. 81 ; Besson « Les chèques falsifiés » *J.C.P.* 1941.I.220.

(103) Aix, 5 mai 1948, *J.C.P.*, 1949.II.4716.

(104) Civ. 2 mars 1942 *Gaz. Pal.* 1942.I, p. 123 ; Com., 10 octobre 1956, D., 1957.19 ; Com., 10 juillet 1957, *Gaz. Pal.*, 1957.II, p. 272.

(105) Civ., 20 avril 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.II, p. 91.

(106) Civ., 19 mars 1902, D.P., 1903.I, p. 148 ; Req., 22 juin 1927, D.P., 1928.I, p. 91 ; Req., 20 juin 1934, D.H., 1934, p. 409.

(107) Voir Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, n° 355.

(108) Thaller, note au D., 1896.II, p. 401. Rappr. en sens inverse, par le même raisonnement, ce qui en démontre le peu de portée réelle, Civ., 20 avril 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.II.91.

(109) Voir Calais-Auloy *op. cit.*, n° 296.

juger l'explication insuffisante, mais alors il faut revenir à la jurisprudence qui déclare le banquier libéré lorsqu'il n'a commis aucune faute (109).

164. — Lorsque c'est dans la personne de celui qui prétend le transmettre que le droit fait défaut, les tribunaux ont eu fréquemment l'occasion de se prononcer en dérogeant à la règle *Nemo plus juris...* C'est à ce propos qu'ils ont affirmé avec le plus de force les principes de la théorie dite du propriétaire apparent.

Qu'il y ait erreur de droit (110) ou de fait sur la personne d'un héritier ; que cet héritier tire son apparence d'un testament fabriqué de toutes pièces par un notaire véreux (111), ou seulement d'un testament nul (112) ; que la personne qui semble propriétaire tienne cette fausse qualité d'une vente fictive (113) ou d'une donation nulle (114), dans tous les cas où son auteur dispose d'un droit qui appartient en réalité à autrui, l'acte produit cependant tous les effets d'un acte valable. Cela s'est fait sans difficulté s'agissant non seulement d'actes d'administration (115), mais également d'actes présentant un caractère de gravité beaucoup plus prononcé, (baux de plus de neuf ans (116), baux commerciaux (117), ou constitutions d'hypothèques (118)), et encore de ceux qui réalisent une aliénation définitive, tels que la vente (119).

165. — Dans toutes ces hypothèses, où l'apparence « crée le droit », la réaction n'est plus une nullité ; elle n'existe même plus dans le cadre de l'acte : elle est en dehors. C'est sur le plan de la responsabilité civile ou de l'enrichissement sans cause que le titulaire véritable devra se retourner contre le titulaire apparent.

De telles solutions sont incompatibles avec la théorie classique. Celle-ci peut s'accommoder d'hypothèses de conversion pure et simple ; elle prend son parti d'exceptions traditionnellement justifiées par l'équité, comme le mariage putatif. Mais la survie partielle de l'acte nul dans les hypothèses de nullité-dissolution constituait déjà une contradiction difficilement réfutable. La consécration

(109) Voir note page précédente.
(110) Req., 6 janvier 1930, D.P., 1931.1.43.
(111) Civ., 26 janvier 1897, D.P., 1900.1.33.
(112) Req., 4 août 1875, D.P., 1876.1.123.
(113) Req., 1er mai 1939, D.H., 1939.371 ; cf. Req., 20 juillet 1910, D.P., 1910.1.392.
(114) Civ., 3 avril 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13502.
(115) Paris, 5 juin 1905, D.P., 1908.2.129 ; Civ., 18 mars 1929, S., 1929.1.211.
(116) Civ., 2 novembre 1959, *Gaz. Pal.*, 1960.1.30.
(117) Montpellier, 16 juin 1964, D., 1965.101, note Calais-Auloy.
(118) Req., 20 juillet 1910, D.P., 1910.1.392 ; Req., 1er mai 1939, D.H., 1939.371 ; Req., 19 mars 1946, *J.C.P.*, 1946.II.3125 ; Civ., 3 avril 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13502.
(119) Req., 4 août 1875, D.P., 1876.1.123 ; Civ., 26 janvier 1897, D.P., 1900.1.35 ; Req., 6 janvier 1930, D.P., 1931.1.43 ; Req., 20 mai 1935, D.P., 1935.1.97.

définitive et complète d'un acte où elle ne peut voir qu'un organisme informe lui porte un coup fatal.

166. — Or il ne s'agit pas de solutions éparses constituant autant de dérogations d'équité à un anéantissement de principe. Au contraire, l'examen des conditions d'apparence, d'erreur commune et de bonne foi par lesquelles la jurisprudence, appuyée sur les quelques articles des codes qui s'inspirent du même souci, s'efforce de construire ces solutions, montre qu'il y a là un principe général du droit des nullités.

Il faut écarter du débat les décisions qui appliquent sans coup férir la règle *Nemo plus juris...* pour l'excellente raison qu'on n'invoquerait en l'espèce aucune apparence de validité, non plus que la bonne fois des tiers (120). Il faut écarter également celles où les tribunaux se retranchent derrière une faute du titulaire véritable ou de son préposé. Les premières sont évidemment sans portée. Quant aux secondes, elles manifestent une certaine timidité de la jurisprudence : il est plus facile au juge de laisser les risques résultant de l'apparence à la charge du titulaire si ce dernier s'est rendu coupable d'imprudence (121).

La Cour de cassation, en effet, dans un arrêt de principe de son assemblée plénière civile, a rappelé que lorsqu'il y a mandat apparent, la faute du mandant est sans rapport avec l'obligation qui lui incombe (122). Ce qui vaut pour le mandat devrait valoir par identité de raison dans les autres domaines où s'applique la théorie de l'apparence. Prennent alors toute leur valeur les décisions qui invoquent la faute du tiers contractant pour laisser la nullité agir contre lui (123), ou qui relèvent sa bonne foi pour en écarter les effets.

(120) Civ., 29 octobre 1890, D.P., 1891.1.76 ; Civ., 28 février 1911, D.P., 1912.1.169.

(121) En particulier, à propos des chèques à la signature falsifiée, Com., 10 octobre 1956, D., 1957, p. 19 ; Com., 10 juillet 1957, *Gaz. Pal.*, 1957.2.272 ; Civ., 19 octobre 1942, *Gaz. Pal.*, 1942.2.279, invoquent la faute du titulaire, contrairement à Req., 20 juin 1934, D.H., 34, p. 409.

(122) Ass. Plén. civ., 13 décembre 1962, D., 1963, p. 227, note Calais-Auloy, *J.C.P.*, 1963.II, n° 13105, note Esmein, *Rev. trim. dr. civ.*, 1963, p. 512, obs. Cornu. Voir dans le même sens, Civ., 4 janvier 1965, D., 1965, p. 218 et Civ., 30 mars 1965, D., 1965, p. 559. D'autre part ces arrêts se contentent d'une erreur légitime du tiers pour déclarer que le mandant est engagé, ce qui étend considérablement le domaine de l'apparence. Cependant, Civ., 30 novembre 1965, D., 1966, p. 449, note Calais-Auloy ; *J.C.P.*, 1966.II.14631, note R. L., paraît marquer un revirement sur ce point : d'après ce dernier arrêt, l'erreur du tiers doit être « commune » et non plus seulement « légitime » (v. note R. L., *J.C.P.*, II.14631. Selon M. Calais-Auloy cet arrêt peut se concilier avec la jurisprudence antérieure : on distinguera entre le mandat d'aliéner une propriété immobilière — c'est ici seulement que la Cour de cassation exigerait l'erreur commune — et les autre mandats — où la Cour de cassation se contenterait d'une erreur légitime... De toutes façons, il n'est rien changé à l'essentiel : « la recherche d'une faute de la part du mandant est sans intérêt » (note R. L., précitée).

(123) Ex. : en matière de chèque, Aix, 5 mai 1948, *J.C.P.*, 1949.II.4716, s'agissant du banquier tiré.

Quelle est la faute du tiers d'où dépend la nullité ? C'est une imprudence, sa négligence vis-à-vis d'une irrégularité manifeste ou notoire. Le tiers négligent est de mauvaise foi... Pour qu'il soit de bonne foi, il suffit que l'acte ait l'apparence de la validité, qu'il soit communément tenu pour valide s'il est conforme à sa nature d'être connu d'un certain public ; qu'enfin ce tiers n'ait pas de connaissance personnelle de l'invalidité. Si ces conditions sont réunies, la nullité s'efface : le tiers de bonne foi est celui qui n'a commis aucune faute (124).

Mais s'il faut que le tiers ait commis une faute pour que la nullité soit effective, c'est qu'elle n'a pas en elle-même ce pouvoir ; c'est que, normalement, elle ne doit pas l'avoir.

167. — Il semble par conséquent que l'on puisse énoncer ce principe : les tiers, c'est-à-dire les personnes qui n'ont pas de quelque façon trempé dans l'irrégularité, ne doivent pas souffrir d'une nullité que rien ne révèle à l'observateur diligent (125).

Tel est l'aboutissement de la plainte traditionnelle : « les nullités sont odieuses ! ». Elles le sont essentiellement par leur caractère occulte — et tout se passe comme si les tribunaux avaient peu à peu dégagé la règle d'après laquelle, quand la nullité présente ce caractère, il risque d'y avoir plus grand dommage à lui donner effet qu'à tolérer l'irrégularité (126).

On ne peut d'ailleurs pas affirmer que le principe doit être appliqué sans exceptions, que la nullité occulte doit toujours être sacrifiée aux intérêts de la validité. Ce qui est vrai, c'est que dans la majorité des cas ceux-ci seront préférés à ceux que protège celle-là : la clé de la solution est la comparaison à laquelle procède la loi entre ces deux groupes d'intérêts opposés. Ainsi dans certains domaines l'apparence ne joue aucun rôle, parce que les raisons qui fondent la nullité sont trop graves. C'est par exemple le cas en matière de mariage : l'article 196 du Code civil concerne les vices de forme — et non les vices de fond (127).

On voit ainsi qu'elle est la place de l'apparence dans l'édifice juridique : il ne faut pas y voir une hypothèse de conversion, mais le jeu normal des principes de la nullité. Celle-ci s'arrête d'elle-même là où elle risque de causer un trouble plus grand que celui qu'il est de sa fonction de réparer. Or, en matière patrimoniale, le trouble qui naît d'une nullité que rien ne révèle à l'avance est plus grave que celui qui résultait de l'irrégularité. La considération des intérêts qui seraient aussi bouleversés paralyse, au moment où elle s'élabore, la réaction fondée sur les intérêts de la nullité.

(124) Ass. plén. civ., 13 décembre 1962, précité.

(125) Voir Calais-Auloy, note précitée, D., 1965, p. 101.

(126) Cf. l'article 28, paragraphe 4, du Décret du 4 janvier 1955 qui soumet à publicité les demandes en nullité d'actes portant sur les droits soumis à la publicité...

(127) Rappr. *infra*, n° 150, le rôle de la publicité foncière en cas de fraude.

B. — *La publicité.*

168. — L'apparence ne résulte pas seulement des circonstances. Elle est dans certains domaines organisée par la loi : c'est l'objet de la publicité qui joue en matière immobilière un rôle déterminant.

Rien ne révèle mieux la subtilité de la réaction que l'hypothèse des deux aliénations successives d'un immeuble par le même propriétaire, lorsque la seconde est transcrite en premier. Si le second acquéreur est de bonne foi, nous retrouvons très exactement les solutions consacrées par la jurisprudence en matière d'apparence : le propriétaire apparent, c'est le vendeur ; le titulaire véritable, c'est le premier acquéreur ; le tiers, le second acquéreur.

En bonne logique, un vice fondamental infecte la seconde aliénation : il y a vente *a non domino*, vente de la chose d'autrui. L'acte manque d'objet ; « rationnellement », il devrait être « inexistant » (128). Pourtant, la publicité en fait un transfert parfait : elle tue la nullité dans l'œuf...

Inversement, la première aliénation était parfaite ; la voici vidée de toute substance (129) par un fait que la doctrine classique considérerait comme parfaitement étranger à l'acte (130) : l'antériorité de la transcription d'une vente « inexistante » ... La réaction est limitée aux relations du propriétaire apparent et du premier acquéreur : elle consiste en dommages-intérêts, répétition de l'indû, etc... Dans cette mesure, cessant d'exister en tant que nullité, elle ne nous intéresse plus.

169. — Mais la nullité renaît si le deuxième acquéreur est de mauvaise foi (131). C'est que le vice est trop grave : le désordre est à son comble si l'on peut utiliser les règles de droit pour nuire à autrui. Le premier acquéreur, victime d'une fraude, mérite seul protection. Ainsi, l'antériorité de la publication faite par son concurrent est inopérante : il reste propriétaire.

On notera que l'idée d'inexistence reparaît ici avec la jurisprudence qui déclare le droit non publié du premier acquéreur préférable à celui de l'ayant cause de bonne foi du second acquéreur complice de fraude (132). C'est dans une certaine mesure vider la publicité immobilière de sa substance, puisque le tiers innocent

(128) En vertu de l'article 1599. Voir *supra*, n° 115, note 33.

(129) Malgré les termes des articles 1138 et 1583.

(130) Cf. *supra*, n° 77.

(131) La simple connaissance d'une aliénation antérieure non transcrite ne suffit pas : il faut une véritable complicité, à la différence de ce qui se passe là où l'apparence ne résulte pas d'une publicité établie par la loi ; c'est que le premier acquéreur est suffisamment protégé par la possibilité de transcription dont il n'a pas usé à temps... Voir Civ., 15 décembre 1915, D., 1966.246.

(132) Civ., 10 mai 1949, D., 1949.277, note Lenoan ; *J.C.P.*, 1949.II.4972, note Becqué ; Civ., 17 octobre 1961, *Bull. Civ.*, I, n° 467, p. 370. Voir J. Moreaud, « L'adage *Fraus omnia corrumpid* et de son application dans le domaine de la publicité foncière », *Répertoire du Notariat*, 1962, n° 28265.

qui s'est fié aux publications et que rien ne pouvait alerter, voit son droit primé par un autre qui n'est pas régulièrement publié. Or à côté du souci de sanctionner la fraude cette solution contestable paraît largement inspirée de la doctrine classique des nullités. En effet la chambre civile approuve l'arrêt d'appel pour avoir considéré que le droit du tiers de bonne foi s'appuyait sur une publication « nulle et inexistante » — et devrait donc être emportée dans le même néant.

C. — *La prescription.*

170. — Si la nullité disparaît par le jeu de l'apparence ou de la publicité, elle laisse subsister pourtant une autre sorte de réaction. Il arrive aussi qu'avec elle la loi renonce à toute espèce de réaction : non seulement l'acte sera-t-il définitivement validé, mais encore rien ne paraît subsister de l'irrégularité.

C'est ce qui s'est produit par exemple dans l'espèce fameuse des mariages de Montrouge (133), comme dans les affaires qui se sont inspirées de sa solution : l'incompétence de l'officier public s'est trouvée couverte autant par l'impossibilité où les tiers se trouvaient de déceler l'irrégularité, que par l'ampleur des conséquences sociales d'une annulation.

Mais c'est surtout l'effet de la prescription : le temps qui passe éteint toutes les sanctions, l'action fondée sur le droit de critique comme les autres (134).

171. — On a pu douter que la prescription de l'action en nullité entraîne consolidation de la situation dans le cas particulier de la vente d'un immeuble : on a soutenu en effet que si la nullité de la vente se trouve prescrite, il reste une action en revendication qui ne saurait l'être (135). Mais cette revendication n'en est pas moins subordonnée à la validité du contrat. Si celle-ci ne peut être mise en cause, il n'y a plus de place pour la revendication (136). L'opération se trouve donc entièrement validée par le délai de trente ans...

(133) Civ., 7 août 1883, D.P., 1884.1.5. Rappr. Paris, 2 août 1883, S., 1884. 2.20 ; Req., 20 janvier 1920, D.P., 1921.1.129.

(134) Cf. *supra*, n[os] 121 et s.

(135) Req., 12 juillet 1905, D.P., 1907.1.141 ; Req., 20 février 1907, D.P., 1907.1.227.

(136) Cf. Req., 5 mai 1879, D.P., 1880.1.145.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

172. — Malgré certaines résurgences de l'idée d'inexistence qui viennent insidieusement gêner son développement, il est manifeste que le droit interne organise les nullités autour de la notion de droit subjectif : l'unité de la sanction est respectée.

Ainsi, bien que les juristes contemporains fassent toujours un certain usage des formules traditionnelles, les critiques dirigées (1) contre les principes de la théorie classique, gardent toute leur valeur ; ni les conditions de mise en œuvre, ni les conséquences de la nullité ne peuvent avoir la rigidité pronée sur le fondement d'une conception formelle et par trop négative : l'acte nul n'est pas celui qui correspond imparfaitement à l'une des catégories existantes (2) ; il n'est pas rejeté hors du droit ; simplement, dans la mesure où cet acte transgresse une disposition de la loi, il fait l'objet d'une réaction du Droit qui en modifie les effets afin de rétablir l'ordre un instant troublé. Dans ces conditions l'anéantissement rétroactif ou la conversion pure et simple sont des cas-limites, au même titre que le maintien intégral des effets de l'acte nul (3). Entre ces extrêmes, il n'y a pas de solution de principe, mais seulement celles qu'imposent les circonstances.

173. — Si ces critiques demeurent décisives, l'essentiel de la construction qu'a proposé Japiot reste, à nos yeux, la seule base solide d'une théorie de la réaction en matière d'actes juridiques. Nous n'avons fait ici que reprendre, et, éventuellement, prolonger les principes qu'il a magistralement posés. Ainsi la nullité est-elle, comme il l'a montré, constamment adaptée d'une part aux conditions de validité violées, d'autre part au milieu où elle intervient. C'est qu'il s'agit d'organiser l'invalidité en conciliant des intérêts concurrents (4), et si Japiot ne s'est pas soucié d'analyser expressément le phénomène en une articulation des règles de réaction sur les règles substantielles violées, il n'en a pas moins posé le principe qui résume toute la notion de nullité : celle-ci consiste en un droit subjectif de critique accordé à certaines personnes.

(1) Voir aussi les thèses précitées de Drogoul, Loyer, Japiot, Piédelièvre, et l'ouvrage de E. Gaudemet.

(2) Voir *supra*, Titre I, Chap. 1, Sect. II, et Chap. 2, en particulier les nos 95 et 96.

(3) *Supra*, Titre II, Chap. II.

(4) *Op. cit.*, p. 176.

174. — Sans doute certaines parties de l'œuvre ont-elles vieilli : ainsi, selon Japiot, l'action en nullité n'existe pas, et cette négation l'entraîne dans toutes sortes de subtilités, en particulier lorsqu'il lui faut justifier la prescription spéciale aux nullités relatives (5). Il refuse cette notion d'une action propre à la nullité à cause de l'abus qu'en fait la doctrine classique : il lui reproche de l'opposer « aux actions ordinaires, pour limiter cette action en nullité, à cer- « taines hypothèses de nullité... » (6).

Ainsi, le droit de critique est mis en œuvre par l'action ordinaire (7). De cette façon, Japiot rejette la démarche qui consiste à intenter d'abord l'action en nullité pour anéantir l'acte, puis l'action ordinaire pour recueillir le bénéfice de l'anéantissement.

C'est que le droit de critique est, à ses yeux, le moyen d'obtenir un résultat extérieur qui seul importe : l'exercice d'un autre droit (8). Ainsi « le droit principalement mis en œuvre par l'action est le « droit ordinaire, droit réel ou droit de créance ... à ce point de vue, « il y a donc action en revendication ou répétition, motif pris de ce « qu'il y a nullité, mais il n'y a pas d'action en nullité... » (9).

175. — On peut estimer qu'en réduisant le droit de critique à un simple moyen de nullité l'illustre auteur revient en arrière sur la voie qu'il avait vigoureusement tracée en dégageant l'idée d'un aménagement qui concilie les intérêts concurrents de la nullité et de la validité... Le droit de critique en réalité nous paraît plus étendu. C'est un droit subjectif comme les autres, qui exprime de façon complète le phénomène de réaction dont il est l'aboutissement. Ce droit traduit, entre les mains de son titulaire, tous les aspects de l'aménagement auquel procède la loi et s'il ne doit pas être distingué des droits ordinaires par un caractère indirect qu'il n'a pas, c'est qu'il procède d'une démarche en tous points comparable à celle qui aménage les rapports substantiels.

En effet, Japiot ne s'est pas préoccupé de rapprocher le jeu de la nullité de celui de la sanction substantielle, bien que l'on trouve sous sa plume des formules qui évoquent irrésistiblement ce rapprochement (10). L'unité de la sanction juridique, pourtant impliquée par ses thèses, ne paraît pas l'avoir frappé, ou tout au moins, intéressé.

(5) Cf. p. 826 et s. et p. 842. Rappr. la notion « d'option pour la nullité » opposée à la « contestation proprement dite » dans l'action « en matière de nullité relative », p. 485, 486.

(6) *Op. cit.*, p. 402. L'inexistence ouvre seulement l'action ordinaire. Voir *supra*, n° 54.

(7) *Op. cit.*, p. 383.

(8) *Op. cit.*, p. 383.

(9) *Op. cit.*, p. 405. On trouve la critique de cette opinion dans l'ouvrage de GAUDEMET, *op. cit.*, p. 150.

(10) Cf. *op. cit.*, p. 286 : « ... la nullité, comme la validité, pratiquement, se traduisent par le droit que l'on a de les invoquer... » ; p. 369 : « ... on peut faire la théorie de ce droit comme l'on fait la théorie de tous les autres en groupant les détails d'organisation sous les mêmes rubriques qui nous sont coutumières... ».

Pour nous, dont le propos final concerne le conflit des lois, il s'agit d'une question essentielle, car si l'on admet cette unité, le cadre de la nullité en droit international est indiqué : c'est celui de la validité.

Or nous nous sommes contentés jusqu'à présent d'une part de démontrer l'unité de la sanction sur un plan extrêmement général (11) — par la nécessité propre au Droit de maîtriser les faits qui le violent ; d'autre part d'en tracer à grands traits la conséquence principale : le rôle dévolu au droit subjectif dans la réaction. Avant d'aborder l'étude des conflits de lois, il est donc nécessaire de préciser dans quelle mesure cette unité justifie le recours à la notion de droit de critique (§ 1), et par conséquent, quelle est la portée exacte de la notion de nullité (§ 2).

§ 1. — Justification du droit de critique.

176. — Nous avons déjà indiqué que la notion de droit de critique suppose que la sanction soit homogène ; qu'elle agisse en particulier, au moyen de droits subjectifs en matière de réaction comme en matière de sanction substantielle (12).

Il se trouve qu'en dehors du domaine des actes juridiques l'unité de la sanction est incontestable : il ne fait aucun doute, que, dans le domaine des faits, la réaction se construise principalement autour de la notion de droit subjectif, suivant les mêmes procédés que la sanction substantielle : en matière de responsabilité, par exemple, la réaction s'exprime par un droit à réparation donné à la victime ; dans le cas prévu par l'article 555 du Code civil, d'une construction élevée sur le terrain d'autrui, elle se traduit par le droit d'imposer la démolition donné au propriétaire du terrain...

Mais pour justifier de façon précise le recours à la notion de droit de critique il reste à montrer comment l'unité de la sanction s'étend au domaine des actes juridiques. Il faut non seulement établir que cette extension est possible et légitime — ce qui résulte suffisamment de l'examen des solutions positives — mais encore en quoi elle est rationnellement nécessaire. Or il nous semble que c'est dans la mesure où l'acte juridique ne diffère du fait par aucun caractère essentiel que cette unité s'impose inévitablement.

177. — La définition traditionnelle de l'acte, axée sur l'élément volontaire, est imprécise : celle que nous avons retenue plus haut (13), permet de considérer indifféremment comme des actes des manifestations aussi diverses qu'une renonciation à succession, un

(11) Voir Introduction, nos 5 et s.

(12) Voir *supra*, nos 5 et 18.

(13) *Supra*, no 36 : « Toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit ». Selon Carbonnier, *op. cit.*

mariage, un engagement militaire, un règlement administratif, une loi, un contrat privé...

Sans doute est-ce négliger qu'une différence certaine sépare l'acte, en tant que source créatrice de droit, du fait, en tant qu'objet du droit (14) : l'acte fait naître des normes juridiques ; le fait provoque l'application des normes existantes (15). Un accident, une naissance, un décès, la grêle, le croît des troupeaux sont des faits. Ce n'est pas parce qu'ils ne procèdent d'aucune volonté consciente, mais parce qu'ils entrent en tant qu'objet dans le jeu des règles de droit : ils déclenchent l'application de celles dont la définition les recouvre.

Par contre, une loi, un règlement, un contrat sont la source de règles qui auront des faits pour objet ; et l'on voit ainsi quel est le rôle exacte de la volonté : seuls les actes d'une volonté consciente peuvent créer du droit. Seulement tous les actes d'une volonté consciente n'ont pas cet effet. La plupart d'entre eux se bornent à provoquer l'application des règles préexistantes (16).

Ainsi certains des « actes » qui répondent à la définition courante — les actes-condition — sont-ils substantiellement des faits. Seuls les actes créateurs de droit, les actes normatifs, sont aussi autre chose.

178. — Mais, et c'est ici la clé du problème, même les actes normatifs sont substantiellement des faits (17). C'est que l'activité

(14) Mise en relief par la doctrine du droit public : cf. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, I, § 31 et s. ; Eisenmann, *Cours de Doctorat*, 1956-1957, p. 43 et s. Mais la notion d'acte juridique normatif — considérée comme la véritable notion de l'acte juridique — se trouve aussi chez Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Dijon, 1912. Rappr. Demogue, *Traité des obligations*, I, nos 13 et s.

(15) Cette notion « d'occasion » qui met en jeu la notion de droit est développée par Husson, *Les Transformations de la responsabilité*, Chap. IV, I, p. 291 et s. Cf. également Natko Katiscik, « Le droit international privé, droit privé des relations internationales », *Cours de l'Institut des hautes études internationales*, 1963-1964, n° 23, p. 27. Rapp. Marty et Raynaud, *Droit civil*, t. I, n° 147, « Les sources des droits ».

(16) Sans d'ailleurs que l'attention porte nécessairement sur cette application, et sans que cette attention soit utile, juridiquement parlant : les futurs époux se promettent sans doute l'état défini par le Code civil (rappr. sur ce point Req., 14 mars 1933, S., 1934.1.161, note Solus), mais leur volonté n'intervient aucunement dans la formulation de ces règles, pas plus que celle de l'officier d'état civil qui les unit. Quelle que soit l'intention des parties, elle est incorporée dans l'acte comme un simple fait dont le Droit se saisit. Il en va autrement lorsque les époux élaborent les clauses de leur contrat de mariage : dans la mesure où ces clauses ne sont pas directement dictées par la loi, elles sont à proprement parler l'œuvre des parties. Rappr. Demogue, *op. cit.*, p. 27 : « ... le « but juridique dont parlent les auteurs français n'apparaît guère comme existant « dans l'esprit des contractants qui ne sont pas juristes. Le but qui domine l'acte « juridique est un but de fait : on veut détenir tel objet, on veut habiter telle « maison ; le côté juridique n'apparaît qu'accessoirement dans la pensée... ».

(17) La définition de l'acte juridique proposée par M. Martin de la Mouthe (*L'acte juridique unilatéral*. Thèse Paris, 1951, p. 22 et s.) exprime exactement cette idée : « Il y a acte juridique toutes les fois que l'intention de réaliser les « effets de droit est absolument indispensable et nécessaire à la production de ces « effets ». Rappr. Husson, *op. cit.*, p. 292 et s., surtout p. 298, et Planiol, *Revue*

normative est réglementée : elle est objet du Droit qui pose les conditions de validité de l'acte normatif ; ainsi, tout acte normatif est-il également un acte condition (18).

A cet égard la distinction des actes et des faits n'est pas une *Summa divisio* ; elle oppose en réalité deux catégories de faits, et la définition courante de l'acte juridique, par son imprécision même, rend un compte exact de cette réalité.

Dès lors, il est évident que la nullité qui sanctionne la violation des conditions de validité existe dans la mesure où l'acte se confond avec le fait, où il est une condition du Droit. Il serait donc arbitraire d'opposer cette sanction à celles qui frappent les faits...

Nous voici, par conséquent, ramenés au principe de l'unité de la sanction et le droit de critique vient naturellement prendre place dans la galerie des droits subjectifs.

§ 2. — La notion de nullité.

179. — Mais si le recours au concept de droit subjectif de critique est ainsi justifié, il reste à préciser sa portée quant à la notion de nullité. Tout d'abord si l'inconvénient majeur de la thèse classique est sa rigidité, l'avantage du droit de critique par rapport à la nullité état de l'acte est précisément sa souplesse. Il n'y a pas un droit de critique, mais il y en a autant qu'il y a d'actes susceptibles de nullité, et que de conditions de validité violées... Ainsi, le droit qui naît du vice de clandestinité du mariage n'a pas les mêmes caractères que celui accordé en réparation du vice d'impuberté ; il est bien différent du droit d'attaquer une vente d'immeuble pour lésion de plus de sept douzièmes (19)... et ainsi, chacun des droits présente une physionomie propre. Le concept de droit subjectif permet d'adapter exactement la réaction à sa fonction.

On conçoit alors comment ce droit, loin de bouleverser l'économie de l'acte juridique qu'il concerne, devient au contraire l'un des facteurs de son organisation.

180. — Ensuite, l'inefficacité qui fait la substance de la nullité n'est pas nécessairement une réduction quantitative des effets de l'acte annulé, mais une transformation : pour atteindre son but, le

critique de législation et de jurisprudence, 1904, p. 224, « La Classification des sources des obligations » : « ... dans le contrat c'est la volonté des parties qui « forme l'obligation ; c'est elle qui en est véritablement la cause créatrice, c'est « elle qui en détermine l'objet, l'étendue et les modalités ; la loi n'intervient « que pour sanctionner cet accord... » (p. 226). Cf. Demogue, *op. cit.*, n° 11, p. 21 et s.

(18) La réciproque n'est pas vraie : si tout acte normatif est en même temps un acte condition, il y a des actes conditions qui ne sont aucunement normatifs.

(19) De même que le droit à réparation d'un dommage matériel n'a pas le même régime que celui qui compense un dommage corporel, ou encore un dommage moral...

droit de réaction doit tenir compte d'une série de facteurs antagonistes négligés par la thèse classique. Ainsi, lorsque les effets subsistent partiellement, et même lorsqu'il est question de les anéantir le plus rigoureusement, la nullité n'est pas simplement un décalque en négatif de la validité, c'est une solution originale qui diffère de la validité par des aspects positifs.

On constate que le mariage putatif, la relation de travail, la société de fait par exemple, diffèrent du mariage, du contrat de travail, de la société régulière, autrement que par la dissolution anticipée qui n'en ferait que des réductions.

Toutes sortes de détails contribuent à les distinguer de leur modèle valide, en particulier sur le plan des effets subsistants. Ainsi, le mariage putatif peut n'exister qu'au profit d'un seul époux et des enfants communs (20) ; l'indemnité de travail ou d'occupation peut être réévaluée (21) ; lorsque le corps certain, objet du contrat nul, a péri, la remise en l'état se fait par un équivalent (22).

Mais ce n'est pas assez que de considérer les seules conséquences de la nullité ; c'est son régime entier qui, par les possibilités offertes aux titulaires du droit de critique, réalise une situation originale : le titulaire de l'action en nullité relative est pendant dix ans maître de la vie ou de la mort de l'acte (23) ; les tiers ont une option entre validité et nullité de la société de fait (24) ; suivant qu'il se trouvera des biens en quantité suffisante à la mort du père de famille, le partage d'ascendant où l'un des successibles ne figure pas sera ou non remis en question (25), etc...

La disparition de la nullité absorbée par une simple créance en indemnité par l'effet de l'apparence est le prolongement ultime de ce phénomène : on passe alors d'une forme de réaction à une autre, et ce passage coïncide avec un bouleversement profond dans l'équilibre des formes substantielles

181. — Enfin, ce dernier exemple montre la limite que nous assigne la définition de la nullité : son originalité ne va pas jusqu'à bouleverser le terrain où elle se développe.

Ses liens avec l'acte juridique ont été définis : c'est un phénomène de réaction inscrit dans le cadre de l'acte. Si, comme par le jeu de la publicité, on sort de ce cadre, il n'y a plus de nullité, mais une autre forme de réaction (26).

Ainsi s'agit-il seulement d'organiser une inefficacité plus ou

(20) Cf. *supra*, n° 143.
(21) Cf. *supra*, n° 154.
(22) Cf. *supra*, n° 158.
(23) Cf. *supra*, n^{os} 114 et s. et n° 126.
(24) Cf. *supra*, n° 157.
(25) Cf. *supra*, n° 133.
(26) Cf. *supra*, n° 168. Le passage de l'une à l'autre s'opère d'autant plus facilement que toutes les formes de réaction du droit privé agissent au moyen d'instruments comparables : en principe des droits subjectifs. Sous réserve de ce qui touche à la réaction pénale (v. *supra*, n° 19).

moins étendue, même si cette organisation est complexe, Il s'ensuit que la nullité ne peut être considérée comme une institution autonome, une catégorie distincte de l'acte qu'elle frappe et substituée d'office au régime conventionnel innefficace. Elle reste l'aménagement de l'acte dans le cadre duquel elle opère : le mariage putatif est un mariage ; la société de fait est la même société qu'avant l'annulation, le même contrat qui se survit... Il s'agit seulement d'aspect différents d'une même réalité.

On doit considérer, par conséquent, que dans un cadre unique, mariage ou société, deux phénomènes différents sont susceptibles de s'inscrire au même titre : la validité d'une part, la nullité de l'autre...

Entre les extrêmes représentés par l'anéantissement rétroactif et le maintien intégral de ses effets, la nullité réalise une solution originale dans le cadre de l'acte. C'est une constatation importante pour la solution des conflits de lois.

DEUXIÈME PARTIE

LA SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DÉLIMITATION DU PROBLÈME

182. — Il nous faut maintenant étudier ce qu'il advient de la nullité lorsque l'acte qui en est le théâtre relève de cette partie du droit international privé qui règle le conflit des lois. S'agissant d'un acte juridique dont les points de contact avec plusieurs pays mettent en cause des dispositions appartenant à différents systèmes juridiques, dans quelle mesure la violation de ces dispositions entraîne-t-elle la nullité ? Selon quelle loi devra-t-on apprécier les conditions et les conséquences de cette nullité ? En un mot, quelles sont les règles de conflit applicables aux nullités du droit international privé ?

Dans la construction classique des conflits de lois, qui est encore courramment admise et sur laquelle nous raisonnerons, on sait que la réponse dépend largement des conceptions du droit interne (1). Nous devrons donc nous attendre à rencontrer en droit international privé des difficultés qui prolongent celles dont nous venons de connaître : il nous faudra opposer ici encore le principe de l'unité de la sanction aux thèses qui dérivent de l'inexistence. Mais le droit international privé connaît aussi des difficultés qui lui sont propres parce qu'elles tiennent à une imperfection congénitale du procédé des conflits de lois.

Au seuil de cette étude, il convient de préciser les unes comme les autres. On commencera par celles qui tiennent à l'imperfection du système de conflit (Section I) parce que les problèmes ainsi soulevés se posent sur un plan de généralité supérieure. Nous devrons affronter ensuite les conséquences spécifiques des diverses conceptions de la nullité (Section II).

(1) *Supra*, n[os] 28 et s.

SECTION I

LES DIFFICULTÉS TENANT AU PROCÉDÉ DES CONFLITS DE LOIS

183. — Dans ce domaine, les difficultés les plus évidentes viennent de ce que l'on ne connaît de façon concrète qu'une seule des lois en présence : celle du for. Le règlement du conflit est donc opéré approximativement. La solution finale risque de se heurter à des obstacles imprévus : inaccessibilité de la loi étrangère ; impossibilité d'ajuster correctement les lois compétentes ; exception d'ordre public opposée à certaines dispositions étrangères. Il ne semble pas que ces obstacles présentent un aspect particulier en matière de nullité. D'autre part, ils ne mettent pas directement en cause l'existence du droit des conflits comme procédé de règlement des situations du droit international privé. Nous les laisserons par conséquent de côté.

184. — Mais le droit des conflits n'est pas seulement menacé par ces imperfections classiques. On décèle dans son évolution des tendances qui pourraient bien être également inhérentes à sa nature : il paraît tiraillé entre deux pôles d'attraction dont les influences, apparemment contraires, se conjuguent pour restreindre son domaine au profit de règles qui fixent elles-mêmes leur champ d'application (2) : le procédé du conflit des lois fait à certains égards figure d'une étape sur la voie qui mène à un règlement idéal des problèmes internationaux par une législation substantielle.

En particulier, des lois de droit privé de plus en plus nombreuses s'appliquent directement, en vertu de leurs propres dispositions, et non en vertu du droit des conflits.

On voit ainsi s'étendre le droit international privé matériel (3) : la jurisprudence a consacré à ce titre des solutions propres aux relations internationales et qui seraient normalement justiciables du conflit des lois, telles que la validité des clauses de choix d'une

(2) Voir Francescakis, *La théorie du renvoi*, nos 7 à 11 et « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue*, 1966, p. 1 ; Batiffol, « Le domaine du règlement des conflits de lois », *Cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales*, 1962-1963 Graulich, « Règles de conflits et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, t. I, p. 629 et s. ; De Nova, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, p. 397 et s.

(3) Voir *supra*, nos 13 et 28 ; Francescakis, *La Théorie du renvoi*, no 12 et « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Maury*, t. I, p. 113 et s., no 32 sur la tendance qui s'exerce également dans le sens d'une uniformisation des droits internes ; Bauer, « Les traités et les règles de droit international privé matériel», *Revue*, 1966, p. 538.

monnaie de compte en vue des règlements internationaux (4) et, plus récemment, l'indépendance de la clause d'arbitrage par rapport au contrat cadre (5), ou même la capacité de l'Etat et des établissements publics de compromettre lorsqu'ils passent des contrats internationaux (6)...

(4) Lorsqu'il y a un règlement international défini depuis Civ., 17 mai 1927 (D.P., 1928.I.25, note Capitant ; S., 1927.I.289, note Esmein) comme un double mouvement de valeurs de pays à pays, la clause est validée indépendamment de la loi qui régit le contrat (v. BATIFFOL, *Traité*, n° 613 p. 671 ; pour la clause or : Civ., 21 juin 1950, *Revue*, 1950, p. 609, note Batiffol ; S., 1951.1.1., note Niboyet ; D., 1951.749, note Hamel ; *J.C.P.*, 1950.II.5812, note Ph. Lévy ; Civ., 24 janv. 1956, *Clunet*, 1956, p. 1012, note Goldman ; mais Com., 29 oct. 1964, *Clunet*, 1965, p. 637 semble appliquer la loi française du contrat... ; pour la stipulation en monnaie étrangère : Civ., 17 mai 1927, préc. et dernièrement, Civ., 4 mai 1964, *Revue*, 1965, p. 346, note Eck ; Com., 27 avril 1964, *Bull. Civ.*, III, n° 209, p. 177. Il faut noter d'ailleurs que l'arrêt de la Chambre Civile du 21 juin 1950 est susceptible de plusieurs interprétations, dont l'une explique sa solution en termes de conflits de lois..., v. *infra*, n° 236).

Un arrêt du 10 mai 1966 pourrait marquer une évolution de la jurisprudence (Civ., 10 mai 1966, D. 1966.497, note Malaurie). Abandonnant avec la fameuse « jurisprudence Matter » le critère du règlement international fondé sur un double flux de capitaux ou de marchandises, la Chambre Civile, selon M. Malaurie, s'orienterait vers l'application pure et simple des dispositions de l'ordonnance du 4 février 1959. Ainsi, la clause monétaire qui se réfère à une monnaie étrangère, assimilée, comme il est logique de le faire, à une simple clause d'indexation, pourrait être déclarée valable dans la mesure où elle se rapporte soit à l'objet du contrat, soit à l'activité des parties. Le caractère international d'uu contrat ne suffirait-il pas, dans ces conditions, à valider la clause ? La distinction entre les paiements internes et les paiements internationaux serait ainsi maintenue, mais il ne s'agirait plus de droit international matériel, l'ordonnance du 4 juin 1959 s'appliquant directement sans distinguer les situations purement internes de celles qui présentent un élément d'extranéité (v. sur tous ces points la note précitée de M. le Prof. Malaurie).

(5) Civ., 7 mai 1963, *Revue*, 1963, p. 615, note Motulsky ; D., 1963.208, note J. Robert ; *J.C.P.*, 1963.II.13405, note Goldman ; *Clunet*, 1964, p. 82, note Bredin ; Paris, 21 février 1964, *Clunet*, 1965, p. 113, note Goldman ; voir cependant Com., 19 juin 1963, *Clunet*, 1964, p. 120, note Level.

(6) Les articles 83 et 1004 du Code de procédure civile édictent une interdiction de compromettre pour l'Etat et les établissements publics. Or cette interdiction, adaptée aux rapports internes, est gênante dans les rapports internationaux, lorsqu'ils sont soumis au droit privé.

Le problème posé peut être abordé sous l'angle des conflits de lois, et c'est le plus souvent sur ce terrain qu'il a été résolu : les tribunaux ont cherché quelle était la loi applicable. Ecartant l'analyse qui fait de l'interdiction de compromettre la conséquence d'une incapacité « générale » (v. en ce sens les notes de MM. Motulsky au *J.C.P.*, 1957.II.10078, et Loussouarn, *Revue*, 1968, p. 127), la jurisprudence préfère voir ici une incapacité « spéciale » régie par la loi du contrat (Paris, 10 avril 1957, *Revue*, 1958, p. 127, note Loussouarn ; *J.C.P.*, 1957.II.10078, note Motulsky ; Paris, 21 févr. 1961, *Revue de l'arbitrage*, 1961, p. 18 ; Civ., 14 avril 1964, *San Carlo*, D., 1964.637, note J. Robert ; S., 1964, p. 93, note Plancqueel ; *Clunet*, 1965, p. 646, note Goldman ; *Revue*, 1966, p. 68, note Batiffol ; *J.C.P.*, 1966.II.14406, note P. L.).

Mais le problème peut aussi être réglé directement par la loi française : s'agissant de la compétence des organes de l'Etat, on conçoit qu'elle soit déterminée sans égard pour les dispositions de conflit, non plus, par conséquent, que pour les lois étrangères (v. en ce sens la note de M. le Prof. Goldman au *Clunet*, 1965, p. 646). L'arrêt de la Chambre Civile du 2 mai 1966 (*Galakis*, *Clunet*, 1966,

Mais, dans le même temps, on assiste au développement d'une législation purement interne dont l'application ne dépend pas du droit des conflits (7). Tout un pan de droit, naguère soumis aux règles de conflit leur échappe désormais dans une très large mesure : ainsi par exemple la législation moderne sur les baux ruraux, les baux à loyer, la propriété commerciale ; ainsi également la réglementation du contrat de travail, ainsi enfin celle qui concerne les mesures d'assistance éducative visant les mineurs et qui se trouve incorporée dans les nouveaux articles 375 à 382 du Code civil (8).

185. — Dans ces conditions, on peut se demander où doit s'arrêter une étude dont le conflit des lois fait l'objet : il peut sembler en effet que les nullités résultant de la législation directe ne posent aucun problème qui ne relève de la première partie de ce travail (9). Il s'agirait du jeu de la nullité dans un seul système juridique, celui du for (10)..·

p. 648, note Level ; *J.C.P.*, 1966.II.14798, note Ligneau) paraît bien appliquer de tels principes. Il déclare que la prohibition des atticles 83 et 1004 n'est pas applicable aux contrats internationaux passés pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime. Le pouvoir de compromettre est ainsi donné par la loi française, quelle que soit la loi qui régisse, par ailleurs, le contrat où figure la clause d'arbitrage.

(7) Cette législation est constituée de règles que M. Francescakis a qualifiées de « règles d'application immédiate ». Elles ont un objet encore insuffisamment exploré, qui touche à l'organisation de l'Etat largement entendue, et correspondent à la fois aux « lois de police » et à celles que la jurisprudence qualifie de « lois d'ordre public », sans toujours bien distinguer cet ordre public là de l'exception classique qui suppose le jeu d'une règle de conflit (v. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Revue*, 1966, p. 1).

(8) Sur tous ces points voir Batiffol. Cours précité. En ce qui concerne l'application immédiate des mesures d'assistance éducative cf. Paris, 21 juin 1962, D., 1963.142 ; Paris, 20 février 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13848, *Revue*, 1965, p. 119 ; Civ., 27 octobre 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13911 *bis* ; *Revue*, 1965, p. 119 et Chronique de M. Jacques Foyer, *Revue*, 1965.39. Sur l'*affaire Boll* (arrêt de la Cour Internationale de Justice du 28 novembre 1958, *Revue*, 1958, p. 713) voir la chronique de MM. Batiffol et Francescakis *Revue*, 1959, p. 259 et la communication de Mme Simon-Depitre au Comité français de droit international privé, Travaux du Comité, 1960-1962, p. 103 et s.

(9) Que ces nullités procèdent de règles d'application immédiate ou du droit international matériel. En effet, avec le droit international matériel, la loi tient compte du caractère d'extranéité des relations qu'elle régit : elle édicte des dispositions qui leur conviennent en propre. Au contraire, les règles d'application immédiate se refusent à distinguer entre relations nationales et relations étrangères : les impératifs du droit interne du for l'emportent sur ceux du domaine international. Mais si l'inspiration du législateur diffère ainsi radicalement, le procédé de règlement reste identique : dans les deux cas, la compétence du droit du for ne dépend pas des règles de conflit. Ce droit définit lui-même le champ de sa compétence par des dispositions unilatérales : en principe, là où le droit du for se déclare inapplicable, il ne se préoccupe pas de l'application éventuelle d'une loi étrangère (Le champ reste libre cependant pour le jeu éventuel d'une règle de conflit. V. *infra*, n° 186).

(10) Cf. par exemple l'*affaire Peugeot* : Civ., 17 juin 1958, *Revue*, 1958, p. 704 : la nullité d'une société étrangère, donc régie par une loi étrangère, esten visagée au regard des seules règles du droit fiscal français.

Mais en réalité, on ne peut pas écarter systématiquement ces règles d'une étude dont le droit des conflits fait l'objet essentiel, parce qu'elles restent le plus souvent intimement liées aux questions que ce droit doit résoudre.

186. — C'est que les dispositions du droit international privé matériel, comme celles du droit interne qui sont d'application immédiate, viennent interférer avec celles que désigne le droit des conflits.

En premier lieu, il reste place pour le jeu d'une règle de conflit — et par conséquent pour l'application éventuelle d'une loi étrangère, lorsque certains aspects seulement d'un rapport de droit relèvent des règles d'application immédiate du for (11) : on ne voit pas pourquoi la capacité de conclure un contrat régi de façon unilatérale par le droit administratif français, échapperait à la règle de l'article 3, paragraphe 3 du Code civil (12).

(11) Il ne fait pas de doute que la validité d'un acte de procédure régi unilatéralement par la loi française, mais accompli par un étranger, dépende de la loi étrangère applicable en matière de capacité (v. BATIFFOL, *Traité*, n° 702. La question est d'ailleurs posée le plus souvent sur le plan de la capacité pour exercer l'action: Civ., 29 juill. 1901, S., 1903.I.73 ; Crim., 3 janv. 1902, S. 1903.I.247 ; Civ., 2 juin 1908, S., 1911.I.385, note E. Audinet ; Civ., 17 juill. 1924 *Revue*, 1924, p. 621 ; Trib. Colmar, 12 déc. 1933, *Revue*, 1937, p. 105, note Niboyet ; Paris, 22 févr. 1957, *Clunet*, 1957, p. 722 ; Trib. d'Avesnes, 25 sept. 1963 *Clunet* 1965 p. 123, obs. J. D. B. ; *Revue*, 1965, p. 130, note Bellet).

De même, rien n'empêche les parties à un contrat de bail concernant un immeuble sis en France, de stipuler l'application d'une loi étrangère : cette loi pourra définir les conditions de validité relatives au consentement, ce qui ne contredit pas l'application immédiate de la loi du for à d'autres aspects de la situation... *A fortiori* la compétence du droit des conflits est-elle clairement affirmée lorsque la relation échappe au domaine des lois d'application immédiate du for. La Cour de Cassation considère comme telles les règles du droit du travail (Com., 9 nov. 1959, *Revue*, 1960, p. 567, note Simon-Depitre ; Soc., 9 déc. 1960, *J.C.P.*, 1961.II.12029, note Simon-Depitre ; Soc., 11 mai 1962, *Clunet*, 1963.772, note Goldman ; Soc., 29 mai 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13523, note Simon-Depitre. *Contra* : Civ., 8 mai 1907, D.P., 1908.1.371 ; Paris, 9 mars 1961 et 9 oct. 1962, *Revue*, 1964, p. 467 ; Seine, 1er juin 1960, *Revue*, 1961, p. 193, note Simon-Depitre). Mais elle n'hésite pas à faire jouer une règle de conflit lorsque la relation litigieuse ne tombe pas sous les règles du droit du travail français (Soc., 9 déc. 1954, *Revue*, 1956, p. 462 ; Com., 9 nov. 1959, précité, Soc., 11 mai 1962, p. 475, note Simon-Depitre ; Paris, 3 mars 1965 et Seine, 11 févr. 1964, *Revue*, 1965, p. 556, note Simon-Depitre. Cf. en ce sens, M. SIMON-DEPITRE, « Droit du travail et conflits de lois devant le deuxième congrès international du travail », *Revue*, 1958, p. 285, et notes précitées ; G. LYON-CAEN, *Jurisclasseur de droit international*, Fasc. 573). Cf. sur tous ces points, GRAULICH, *op. cit.*, nos 4 à 6.

(12) Le problème reste posé en matière d'engagement militaire. Une pénible affaire a permis à plusieurs juridictions de se prononcer sur la validité de l'engagement à la Légion étrangère française d'un mineur Allemand âgé de moins de 20 ans (v. la note de M. le Prof. P. Lagarde, *Revue*, 1966, p. 456). Le Conseil d'Etat (10 mars 1965, *Clunet*, 1965, p. 656, obs. B. G.), le Tribunal de la Seine (28 mai 1964, *Clunet*, 1965, p. 399, obs. Goldman) et la Cour de Paris (16 févr. 1966, *Revue*, 1966, p. 453, note P. Lagarde), ont estimé que la loi française sur le recrutement des armées devait seule s'appliquer dans un domaine qui touche à l'organisation de la défense nationale : la règle de conflit qui donne

Ensuite, et en quelque sorte, inversement, le jeu du droit des conflits du for, lorsqu'il débouche sur la compétence d'une loi étrangère, mène à tenir compte de celles des dispositions étrangères qui se déclarent immédiatement applicables (13) : dans la législation du lieu de rédaction d'un acte juridique, la maxime *Locus regit actum* donne aussi bien compétence aux règles de pur droit privé qu'à celles qui définissent les pouvoirs de l'officier public chargé de conférer l'authenticité (14).

Ainsi le droit positif coordonne-t-il largement les règles qui s'appliquent directement et celles dont la compétence est indirecte. Les dispositions de chacune des lois en présence, règles de droit international privé matériel, règles d'application immédiate, et règles désignées par le droit des conflits, vont devoir s'ajuster exactement comme si elles tenaient toutes leur compétence au même titre de la législation des conflits. Par conséquent, les nullités édictées par les lois de police, comme par le droit international privé matériel, peuvent se poser en termes de conflits de lois et relèvent de notre étude dans cette mesure.

187. — D'ailleurs l'évolution vers un droit international matériel, et par conséquent, étranger aux conflits de lois, paraît inscrit dans

compétence à la loi nationale serait ici sans application et l'espèce illustrerait la notion de loi d'application immédiate récemment dégagée par M. Francescakis (v. *supra*, note 7).

On peut cependant estimer que l'extension d'une telle notion aux hypothèses de cette sorte est fâcheuse, et qu'il serait plus convenable de ne pas renoncer au jeu des règles de conflit qui rattachent la capacité d'exercice à la loi nationale (v. en ce sens la note de M. P. Lagarde).

(13) Lorsque la loi étrangère est déclarée compétente elle doit être appliquée, en principe, dans toutes ses dispositions, sans égard pour le titre en vertu duquel chacune d'entre elles se déclare applicable : on ne devra pas écarter celles qui s'appliquent directement pour cette seule raison. Mais le problème de l'ordre public, ou celui posé par la prééminence des qualifications du for restent entiers... Ainsi écartera-t-on la règle étrangère qui nous choque, ou celle qui voudrait s'appliquer à la place de celle qu'une autre de nos règles de conflit désigne dans une loi tierce, ou encore celle qui suppose l'intervention de services publics dont la mise en œuvre s'avère impossible pour le for (v. Graulich, *op. cit.*, n° 7, note 1, p. 643). Paradoxalement, l'admission du renvoi, tel qu'il fonctionne dans notre droit, par application de la règle de conflit étrangère, confirme l'opinion exprimée ici : en effet les règles de conflit s'appliquent directement. Cf. sur tous ces points Francescakis, *op. cit.*, n^{os} 70 et s., qui envisage successivement le cas du droit étranger à portée interne (lois de police et de sûreté...) et celui du droit international privé matériel étranger, et « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Revue*, 1966 p. 11 ; Zweiger, « Droit international privé et droit public », *Revue*, 1965, p. 646 ; rappr. Graulich, *op. cit.*, n° 7.

(14) De même, la règle de conflit qui soumet le divorce d'époux de nationalités différentes à la loi du juge saisi lorsqu'il n'existe plus le domicile commun, suppose l'application de la loi de procédure étrangère qui dira si ce juge est régulièrement saisi (v. Civ., 15 mai 1961, Rennes, 1961, p. 547, note Battifol ; D., 1961.437, note Holleaux ; *Clunet*, 1961, p. 734, note Goldman. Selon l'interprétation dominante, il faut voir là une véritable règle de conflit et non pas seulement un retour à la loi du for, en vertu de sa compétence subsidiaire...).

la nature du procédé des conflits de lois. Un examen attentif montre qu'il ne s'agit pas seulement du contre-coup de ses imperfections, mais d'une aspiration profonde. Il se trouve que les questions de nullité révèlent souvent cette aspiration : en matière contractuelle certaines hésitations de la jurisprudence et de la doctrine devant le principe même de la nullité s'expliquent en partie par le besoin d'échapper au règlement indirect (15). D'autre part, on doit constater qu'entre certaines règles de conflit et des règles matérielles la frontière est plus mince qu'on ne pourrait le penser (16).

En effet le *jus gentium* est normalement en germe dans le droit des conflits parce qu'il semble parfaitement adapté aux relations internationales — et rejoint ainsi l'idéal du droit international privé (17). Sans doute n'avons-nous pas de *jus gentium* qui soit donné à l'avance et une fois pour toutes. Mais c'est finalement un système *ad hoc* que les règles de conflit reconstituent dans chaque espèce à partir d'éléments empruntés aux lois nationales (18).

188. — Il reste à envisager une dernière question. Dans quelle mesure faut-il tenir compte de dispositions portées par des lois étrangères autres que celle désignée par la règle de conflit ?

Ce problème naît dans la mesure où certaines règles d'un Etat

(15) Cf. *infra*, nos 233 et s.

(16) Cf. *infra*, nos 211 et s., « La règle *locus regitactum* ».

(17) Rappr. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, nos 73 : « ... la règlementation « matérielle représente, en droit international privé, un progrès par rapport « à celle réalisée par le procédé du conflit de lois... » et sur le rôle de la « directive « droit naturel-droit des gens », dans le droit contemporain, voir « Droit naturel « et droit international privé », *Mélanges Maury*, p. 140 et s.

(18) Voir *supra*, n° 29 et note 68.

D'ailleurs l'attraction du droit international matériel ne se fait pas sentir avec la même force dans tous les domaines. Il semble en particulier qu'autant les relations du droit de la famille au sens large — droit des personnes, régimes matrimoniaux, successions — restent inscrites dans les cadres nationaux, même lorsqu'elles passent les frontières, autant les relations patrimoniales tendent effectivement à s'en dégager. Tandis que les principes de localisation dans tel ou tel systéme de telle ou telle relation familiale correspondent encore à la réalité, ils se heurtent en matière commerciale à l'existence d'un milieu propre, en voie de formation il est vrai, mais distinct des milieux nationaux. Il paraît vain de le réglementer avec des dispositions empruntées à telle ou telle loi interne, qui sont également étrangères au problème. Ici, le besoin se fait sentir d'une législation propre, qu'à défaut de sources internationales, qui d'ailleurs commencent à se développer, les Etats préfèrent édicter aux-mêmes (V. *infra*, n° 230).

On pressent ainsi l'existence de deux domaines où le droit des conflits reposant apparemment sur des principes identiques, aurait en réalité deux vocations différentes : procédé définitif de règlement en ce qui concerne le droit privé de la famille, il pourrait n'être qu'une étape vers le droit international matériel en matière de commerce. Ici, les tendances avérées vers le *jus gentium* sont la marque d'une évolution nécessaire ; là, elles manifestent seulement les imperfections d'un procédé qui reste le seul possible (cf. *supra*, n° 184 : les mesures d'assistance éducative sont d'application territoriale parce qu'il n'est pas souhaitable d'introduire dans ce domaine une ou plusieurs lois étrangères). *A priori*, il n'y a donc lieu d'écarter ni les unes ni les autres...

dont la législation n'est pas compétente en vertu du droit des conflits du for, se déclarent elles-mêmes applicables. On conçoit par exemple, que le représentant légal d'un enfant, saisisse, conformément à la loi nationale du mineur, un tribunal français en demandant une mesure de garde ou de placement, qui soit incompatible avec les mesures administratives prises en vertu de la loi du lieu de résidence de l'enfant. Le tribunal devra-t-il tenir compte de la législation de cet Etat de résidence ? Les récentes conventions de La Haye (19) l'affirment.

Mais en matière d'acte juridique, on manque d'une indication équivalente. Ainsi, supposons que le bail d'un immeuble sis à l'étranger, passé entre deux français, soit expressément soumis à notre Code civil. Doit-on tenir compte également des règles particulières régissant impérativement les baux à loyer dans le pays en cause ? Ou bien supposons une opération soumise à la loi française, qui consisterait à importer une marchandise en France pour la réexporter dans un pays tiers malgré la prohibition absolue portée par la loi du pays où la marchandise est tout d'abord achetée. Le contrat sera-t-il valable ?

189. — La jurisprudence de la High Court of Justice paraît admettre, dans des hypothèses de ce genre, la compétence des règles étrangères de police (20).

En France, la question ne paraît s'être vraiment posée qu'en ce qui concerne les contrats dits de contrebande — c'est-à-dire dont l'objet, ou tout au moins l'incidence, est de transgresser les dispositions de police d'une loi étrangère que ne désigne pas la règle de conflit du for. De tels contrats sont considérés comme valables en vertu des seules dispositions de la loi compétente, loi française d'ailleurs dans le plupart des cas (21).

S'il arrive aux tribunaux de les annuler, c'est en application de cette même loi, parce que la violation du droit étranger donne à l'objet du contrat le caractère immoral qu'elle définit (22). Dans ce cas, la disposition de police étrangère n'est pas réellement appliquée. Elle entre seulement comme un élément de fait, comme une condition (23), dans le jeu de la loi qui régit le fond.

(19) Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, du 5 octobre 1961. Rappr. l'*affaire Boll*, précitée.

(20) *Regazzoni v. Sethia*. Queen's Bench, 1956, 1, All E.R. 229.

(21) Cf. Req., 28 mars 1928, S., 1928.I.305, note Niboyet ; C.E., 14 janvier 1938, S., 1938.3.25, note P.L. ; 17 novembre 1958, *Bull.*, 1958.1, p. 399.

(22) Seine, 2 juillet 1932, S., 1934.2.73, note Niboyet ; Seine, 4 janvier 1956, *Revue*, 1956, p. 679 ; rapp. Aix, 20 mai 1947, *Revue*, 1948.294, note Carabiber. Voir cependant l'arrêt de la Cour de Paris du 9 février 1966 (*Revue*, 1966, p. 165, note P. Louis-Lucas) qui, sans faire aucune allusion à une loi étrangère, paraît annuler le contrat en vertu de règles du droit international public.

(23) Voir *supra*, n° 177.

190. — En réalité le problème peut être posé en termes de conflits de lois. On dira que si la règle de police étrangère est inapplicable c'est qu'une autre législation que celle qui la porte est désignée par la règle de conflit ; inversement, s'il fallait en tenir compte, ce ne pourrait être qu'en vertu d'une autre règle de conflit (24).

C'est ainsi que les seules règles directement applicables dont on doive tenir compte en tant que telles sont celles du for (25) : tout se passe en réalité comme si celles de la loi étrangère étaient soumises aux règles de conflits (26).

191. — Dans ces conditions, le champ de notre étude ne paraît pas limité par le titre auquel s'applique l'une quelconque des règles qui interviennent dans le jeu de la nullité des actes du droit international privé. Toutes peuvent nous concerner, qu'elles soient désignées par une règle de conflit ou qu'elles soient directement compétentes. C'est que les règles du for, bien que directement applicables peuvent avoir à s'ajuster avec une loi étrangère désignée par le droit des conflits ; tandis que pour les lois étrangères, qui sont toujours compétentes en vertu d'une règle de conflit, la distinction entre le droit qui s'applique directement et celui dont la compétence est indirecte ne paraît pas devoir jouer.

Mais le rattachement de la nullité à la loi compétente lorsqu'un même acte juridique relève de plusieurs législations soulève un autre genre de problème. Certaines des conceptions que l'on a combattues en droit interne se retrouvent en droit international pour créer des difficultés qui, paradoxalement, viennent à leur tour remettre en cause l'existence même du droit des conflits dans ce domaine.

SECTION II

LES DIFFICULTÉS TENANT AUX THÉORIES DU DROIT INTERNE

192. — Conformément aux principes, il convient de trouver le centre de gravité de la nullité afin de déterminer la catégorie de

(24) Voir NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Revue*, 1957, p. 579 et s. : BATIFFOL, *Cours de l'institut des Hautes Etudes Internationales*, 1962-1963, p. 151 et s. ; et la note de M. Mezger, *Revue*, 1961, p. 318. On rejoint ici les opinions manifestées par la doctrine moderne qui envisage l'extension au droit public du procédé des conflits de lois. Voir FREYRIA, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1962-1964, p. 103 et s. ; ZWEIGER, article précité.

(25) Cf. GRAULICH, *op. cit.*, p. 641.

(26) On s'en aperçoit, en particulier, à propos de l'effet des jugements : M. Batiffol a noté en ce domaine une « réintroduction des conflits de lois dans les conflits de juridiction ». Voir *Mélanges Offer Haus*, p. 54, et Cours précité p. 77 et s.

rattachement dont elle relève selon sa nature (27). Nous savons que les premiers éléments de solution doivent être fournis par les théories de droit interne (28).

Profitant des enseignements d'une doctrine vigoureuse, nous avons cru pouvoir dégager la donnée essentielle de ce droit interne : conformément au principe de l'unité de la sanction, la nullité est le mécanisme qui, dans le cadre d'un acte juridique irrégulier, réagit à une violation des conditions de validité par l'aménagement d'un droit subjectif de critique qui en modifie les effets (29). C'est là que nous croyons pouvoir trouver le fondement d'un règlement objectif du conflit des lois en matière de nullités : le problème est de rattacher le droit de critique à la législation appropriée — suivant le même raisonnement qui permet de découvrir la loi applicable à n'importe quel droit subjectif.

Ainsi, puisque le droit de critique est un mécanisme inscrit dans le cadre de l'acte, qu'il n'est donc pas une institution juridique autonome, il y a peu de chances qu'il constitue à lui seul une catégorie de rattachement. La règle de conflit attribuant « la nullité » à tel ou tel système ne peut donc pas exister. Au contraire, les nullités font partie d'un ensemble de problèmes rattachés en bloc à un titre plus vaste : elles sont incluses dans des catégories de rattachement préexistantes qu'il s'agit de découvrir. Il faut pour cela qualifier de façon précise la nullité, c'est-à-dire le droit de critique qui l'exprime.

193. — Cette qualification découlera naturellement de ce que nous savons de la nullité en droit interne. Réaction inscrite dans le cadre de l'acte, elle relève par conséquent de la catégorie à laquelle appartient l'acte. Mais on s'aperçoit ici que l'analyse qui satisfait aux exigences du droit interne peut être insuffisante en matière de conflits de lois ; la qualification qu'elle indique n'est pas la seule concevable : nous aurons à nous demander si, par son caractère de réaction, le droit de critique ne dépendrait pas plutôt — et tout au moins dans certains cas — de la catégorie à laquelle appartiennent les règles de procédure. Le choix entre ces deux qualifications suppose une analyse poussée plus loin que nous ne l'avions fait : l'incertitude sur ce point précis, sans conséquence en droit interne, est capitale ici.

Nous verrons ainsi que, sous réserve d'une hésitation vers la qualification procédurale, le rattachement de l'acte dans les limites duquel on voit la nullité se développer lui convient naturellement. Seule en effet la loi qui pose les conditions de validité paraît apte à définir l'irrégularité d'où naît la nullité ; il serait artificiel de la soumettre à une autre...

(27) Voir *supra*, n° 28.
(28) Voir *supra*, n° 29 et s.
(29) Rappr. *supra*, n^{os} 112 à 181.

Mais d'autre part, si ce sont les conditions de validité qui déterminent l'origine de la nullité, ce sont les effets de l'acte qui en supportent les conséquences puisque, la réaction n'aboutit nullement à remplacer l'acte nul, mais se borne à en modifier l'économie.

L'indication est décisive : il paraît tout indiqué que la loi appelée à régir les conséquences de la nullité sur les effets de l'acte soit précisément celle qui définit ces effets. Ainsi, validité et invalidité, procédant de la même source, agissant sur les mêmes effets, inscrites par conséquent dans le même cadre, dépendent de dispositions issues des mêmes systèmes : l'unité de la sanction est respectée par le droit international privé.

194. — Nous verrons que le droit positif confirme dans une large mesure, cette extrapolation des principes du droit interne sur le plan international. Il n'en paraît pas moins encombré de références aux théories classiques. Leur influence ne se limite pas au vocabulaire. Elle est aussi la source de certaines hésitations, comme de décisions franchement critiquables. Or il apparaît qu'il y a plus que des solutions fâcheuses ; si l'hypothèse de l'unité de la sanction nous place tout naturellement dans la ligne d'un règlement orthodoxe du conflit des lois, celle de la nullité — inexistence fait abandonner cette orthodoxie dans des conditions qui paraissent indéfendables.

On est contraint de constater que les incohérences présentées par l'inexistence sur le plan du droit interne se retrouvent décuplées en droit international.

Nous verrons en effet que les solutions qui s'y rattachent, loin de constituer une réponse possible, bonne ou mauvaise, au problème posé par le conflit de lois, tendent en réalité à le supprimer. C'est qu'elles sont présentées comme s'imposant d'elles-mêmes, en vertu de la seule raison et par conséquent indépendamment de la règle de droit. Toutes les législations sont donc supposées édicter le même anéantissement dès qu'il s'agit de nullité. Dès lors, il est inutile de chercher la loi compétente pour définir ce qui découle directement de la nature des choses...

Logiquement, ces conceptions devraient soustraire les nullités aux conflits de lois. Or il n'en est rien — peut-être parce que la véritable nature des choses résiste à la théorie. Elles exercent en réalité d'une influence aussi sournoise qu'en droit interne. On lui doit une série d'obstacles dressés contre la compétence de certaines des lois qui régissent l'acte : leur domaine se trouve arbitrairement limité ; ou bien la répartition des conditions et des conséquences de la nullité entre la loi des conditions et celles des effets de l'acte est refusée sous le prétexte qu'un acte nul n'a pas d'effets...

A l'irréalisme, la doctrine de l'inexistence ajoute ainsi l'incohérence : erronée, mais logique, si elle retirait au droit des conflits la matière des nullités, elle se contredit lorsqu'elle se borne à favoriser la compétence de telle loi aux dépens de telle autre, au nom d'un principe qui suppose une solution indépendante du Droit...

195. — Dans cette perspective, après avoir étudié les titres de la loi qui régit l'acte à en régler la nullité (Chapitre I), nous devrons examiner son domaine (Chapitre II). Il s'agira de fixer l'étendue exacte, à l'égard des différents aspects du droit de critique, d'une compétence dont nous n'aurons d'abord justifié que le principe. On verra, chemin faisant, combien l'influence de la théorie de l'inexistence se fait sentir, tant sur le plan de la compétence de la loi qui régit l'acte que dans la détermination de son domaine.

Cette influence est la source des principales difficultés de ces questions. C'est ce qui nous amènera à étudier séparément (Chapitre III) le problème posé par la répartition des différents aspects de la nullité entre loi des effets et lois des conditions.

CHAPITRE I

LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE

196. — Si l'on poursuit le raisonnement mené en droit interne, la loi applicable doit être celle qui régit l'acte dans sa validité. Mais il convient d'asseoir définitivement sa compétence en écartant les titres que la loi du for peut trouver, en tant que loi de procédure, dans certains des caractères du droit de critique. On aura ainsi la certitude qu'il faut appliquer à la nullité les différentes lois qui régissent chaque acte juridique : la nullité pour incapacité dépend de la loi qui définissait la capacité ; celle due à un vice de forme relève de la loi désignée par la maxime : *Locus regit actum*, etc... (Section I).

Ce problème ne peut être assimilé à celui du rattachement des conditions de validité auquel il suffirait alors de renvoyer le lecteur : en effet les difficultés propres à la réaction justifient l'étude d'un certain nombre de points délicats (Section II).

SECTION I

LE PRINCIPE DU RATTACHEMENT A LA LOI QUI RÉGIT L'ACTE

197. — Le rattachement à la loi qui régit l'acte est consacré par le droit positif. On pourrait cependant concevoir un rattachement à la loi du for — encore que les titres de cette dernière soient peu convaincants (§ 1) — surtout s'ils sont comparés aux considérations graves et concordantes qui militent en faveur de la loi de l'acte (§ 2).

§ 1. — Les titres de la loi du for.

198. — S'il est possible d'envisager une compétence de la loi du for, c'est, conformément à la logique du conflit des lois, à partir

de l'analyse du droit interne. Dans ces conditions, les titres éventuels de cette loi relèvent de deux ordres de considérations quelque peu contradictoires, et qui, de toutes façons, peuvent être tenus pour dépassées.

En effet, on peut estimer d'une part que la nullité est une grâce, un bénéfice souverainement accordé ; d'autre part, qu'elle est un néant juridique.

A. — *La nullité est une grâce.*

199. — La première conception se rattache aux plus anciennes traditions historiques. Nous en avons relevé les traces aux époques où coexistaient dans le même système deux types de législations bizarrement différentes : droit civil et droit prétorien dans la Rome classique (1), droit écrit et coutumes dans notre ancienne France (2).

La nullité apparaît comme un privilège par lequel l'autorité souveraine paralyse les effets de l'une des législations au nom des exigences qu'exprime l'autre. Le préteur trouve dans son *imperium* de magistrat romain (3) le pouvoir d'anéantir un acte du jus civile au moyen des interdits. Le Roi de France, par la grâce de Dieu gardien de la justice dans son royaume, délivre des lettres de rescision contre les actes du droit écrit jugés inéquitables.

Dans les deux cas, la réaction est liée au pouvoir au nom duquel la justice est rendue. Elle procède étroitement du droit qui institue le tribunal saisi : on ne peut désigner plus nettement la loi du for (4).

200. — Il est inutile d'insister longuement sur ce que cette analyse peut avoir d'archaïque.

Même en droit romain, même *a fortiori* en droit civil ancien, elle est d'ailleurs incomplète. L'aspect autoritaire de la nullité qui est monté en épingle est en réalité exceptionnel. En faire l'essence de cette forme de réaction aux époques considérées serait négliger le jeu des nullités de plein droit, qui sont au moins aussi importantes (5) et qui n'ont rien à voir avec lui.

(1) *Supra*, nos 65 et s.

(2) *Supra*, nos 44 et s.

(3) On sait que l'*imperium*, pouvoir de commander et de réglementer, s'oppose à la *jurisdictio*, pouvoir de mettre un terme aux procès. Voir MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1935, no 51.

(4) Un curieux motif de la Cour de Paris (7 juill. 1954, *Revue* 1954, p. 556, *Patino*) semble se référer à une variante : l'aspect autoritaire de la nullité mènerait non à la loi du for, mais à la souveraineté territoriale. La nullité est en ce cas l'œuvre de la puissance souveraine là où l'acte s'est extériorisé. Mais c'est retrouver la soumission à la loi du fond ; seul le critère de rattachement de l'acte a varié : il est devenu territorial. L'acte est régi par la loi du lieu d'exécution principal, pour les mêmes raisons autoritaires qui le soumettent à la loi de conclusion dans la doctrine de Niboyet. Voir *Traité*, Tome V, nos 1384, 1385.

(5) Voir *supra*, nos 44 et s.

Surtout, il n'y a plus rien de tel dans la législation contemporaine. Nous avons cru pouvoir décrire au contraire le processus par lequel la loi venge la violation d'une condition de validité : il n'est besoin d'aucun recours hétérogène. Rien par conséquent ne soutient plus actuellement de ce chef la compétence de la loi du for.

201. — Il faut pourtant se méfier des notions archaïques. La matière juridique est pauvre en ses manifestations. Elle n'abandonne jamais complètement une notion reçue — et son progrès est le fruit d'évolutions qui déforment lentement les concepts plutôt que de révolutions qui les abolissent définitivement (6) : on ne sera donc pas surpris de constater qu'il reste des traces profondes de l'état du droit dont nous venons de rejeter l'une des conséquences.

Si le lien de la nullité et de l'*imperium* n'est qu'un souvenir, la difficulté de concilier équitablement deux ordres de législation différents, qui en était la cause, trouve en droit international privé une vigueur nouvelle : on est ramené à la loi du for.

C'est ainsi que la question a été posée tout récemment encore en matière de mariage putatif. Dans ce domaine, la compétence de la loi française appliquée par une longue suite de décisions (7) a été longtemps approuvée pour le motif que la putativité découle du droit naturel et de l'équité (8). Cette justification n'est pas tellement éloignée de celles qui fondaient l'interdit prétorien ou les lettres royales... avec cette nuance que la base du raisonnement est inversée : ce n'est plus l'inefficacité qui paraît un privilège, mais, au contraire la subsistance de certains effets.

202. — La résurgence d'impératifs aussi chenus ne doit pas faire illusion. Un problème subsiste. Mais ce n'est pas celui qui nous occupe. Dans la mesure où l'on peut fonder la compétence de la loi du for sur une notion dérivée de celle d'équité et de droit naturel, il ne s'agit plus directement du rattachement, mais bien plutôt de son échec : le problème mis à jour est celui de l'incompatibilité entre certaines règles étrangères et les conceptions fondamentales du for. Il suppose, pour se poser, que soit précisément déterminée la loi étrangère à quoi l'exception d'ordre public est alors opposée.

Nous sommes ainsi ramenés à notre point de départ : rien dans la direction que nous venons d'explorer ne permet d'attribuer une compétence de principe à la loi du for.

(6) Voir *supra*, n^{os} 24 et s.

(7) Voir *Répertoire* : « Mariage », p. 454 et s.

(8) *Fiore*, *Clunet* 1887, p. 160 ; *Perroud*, *Clunet*, 1913.1229, rapp. Loussouarn, note *Revue* 1950, p. 424 ; Francescakis, note *Revue*, 1956, p. 313 ; Batiffol, note D., 1958, p. 709 et *Traité*, n° 447.

B. — *La nullité-inexistence.*

203. — Mais il y a un raisonnement différent qui se fonde sur la notion d'inexistence : la nullité, c'est finalement le néant ; il n'y a donc pas de place pour une autre loi que celle du juge saisi, intervenant immédiatement, à titre de loi de procédure.

Ou bien, dira-t-on, l'acte n'est pas juridique. Il n'y a donc pas, à proprement parler, d'action en nullité — et l'on ne vient pas invoquer la violation d'une loi qui ne s'est même pas appliquée, puisque l'acte ne concerne pas le Droit (9). Il n'y a en réalité qu'une simple question de procédure, née du souci de détruire une vaine apparence. La compétence de la loi du juge saisi est la seule qui se puisse soutenir, car le problème concerne seulement la bonne administration de la justice du for.

Ou bien on se contentera d'observer que l'acte est si profondément atteint, la violation si grave, que tout doit se passer comme s'il n'avait pas existé... Il y a sans doute une action en nullité, mais la loi qui devait régir l'acte ne s'est pas « vraiment » appliquée et, au lieu des effets qu'elle définit, il s'agit de réaliser le vide. Quelles que soient les dispositions qui se seraient appliquées en cas de validité, ce vide résulte suffisamment de l'autorité de la *lex fori* qui, de nouveau, est seule en cause, par le fait de l'invalidité.

204. — Ces constructions se heurtent à tout ce que nous avons pu déjà dire contre la notion d'inexistence qui les fonde (10) ; c'est donc par une suite de sophismes que l'on débouche sur la compétence résiduelle de la loi de procédure.

Sans doute, certaines questions relèvent-elles seulement d'une bonne administration de la justice en l'absence de toute contestation sérieuse sur le fond. Il reste que la nullité n'est pas le néant, mais une réorganisation minutieuse ; qu'elle n'est pas seulement rationnelle, mais positive, parce qu'elle est le fait de dispositions législatives ; qu'enfin ces dispositions sont ordonnées à la fois aux conditions violées et aux effets de l'acte (11) : ces deux pôles d'attraction sont *a priori* étrangers à la loi du for. Ils nous ramènent au contraire à la loi de l'acte.

§ 2. — La compétence de la loi de l'acte.

205. — Il est remarquable en effet que les tribunaux, bien que sensibles à certaines influences de l'inexistence, n'aient jamais entendu y céder pour donner compétence à la *lex fori* (12). C'est

(9) Voir Douai, 28 juillet 1928, *Clunet*, 1929, p. 400 ; *Mégares* et *infra*, Chapitre III.

(10) *Supra*, nos 52 et s.

(11) *Supra*, nos 35 et s.

que des liens puissants attachent la nullité à la loi de l'acte (A). Une jurisprudence presque unanime consacre cette solution (B).

A. — *Justification de la compétence de la loi de l'acte.*

206. — Le droit de critique et l'action qu'il fonde appartiennent à un ensemble cohérent dont il serait artificiel de les séparer. Cet ensemble n'a pas de contact déterminant avec la loi du for, mais avec la loi de l'acte.

En effet la nullité n'est pas une institution autonome, mais un élément dans l'économie de l'acte juridique, cadre unique où s'insèrent les manifestations de la validité comme de l'invalidité. Là se trouve le centre de gravité qu'il s'agissait de découvrir : le droit de critique couronne l'organisation complexe de l'acte irrégulier en quoi consiste la nullité ; il est un élément du régime de l'acte.

Son étendue, ses caractères expriment le règlement d'un conflit d'intérêts minutieusement ajustés les uns aux autres à partir de considérations qui touchent d'une part au but poursuivi par la règle violée, et d'autre part aux effets produits. C'est dire qu'il est étroitement dépendant des dispositions applicables aux conditions de validité comme aux effets de l'acte : reposant sur les unes, agissant sur les autres. Or, aucune de ces dispositions n'appartient à la loi du for prise en tant que telle ; dès lors, la nullité ne peut être une simple question de procédure. La loi dont les dispositions ont été transgressées possède un titre autrement valable que ceux que l'on peut invoquer en faveur de celle du for : en un mot, la nullité ne peut dépendre que de la loi dont relèvent les dispositions substantielles, parce que ce sont ces dispositions qui souffrent la violation, et que c'est donc vis-à-vis de la loi qui les porte qu'existe le trouble que la nullité a pour fonction de réparer.

207. — Le lien essentiel qui unit la règle violée à celles qui organisent la réaction était déjà reconnu par nos anciens auteurs. Boulenois en particulier, expose admirablement cette notion dans l'une de ses « Dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes » (13). Dans la « Seizième Question », étudiant la sanction de l'incapacité Vélléienne, il énonce que « cette incapacité personnelle se prend de la loi du domicile et se « mesure par cette loi parce qu'il n'y a qu'elle qui ait autorité sur « la personne et qui puisse disposer de son état. En sorte qu'une « femme domiciliée dans une province où le Senatus Consulte Vélléien « est observé, ne peut valablement s'obliger pour autrui, ni même

(12) Dans l'arrêt de la Cour de Douai du 28 juillet 1928 précité, la loi française n'est pas appliquée à titre de *lex fori*, mais comme loi régissant le second mariage. Voir *infra*, n° 272.

(13) Paris, 1732, p. 308 et s.

« obliger ses biens situés dans une coutume où le Senatus Consulte « Vélléien n'est pas observé ». Et Boulenois s'appuie ici sur l'autorité de Froland, et des arrêts cités par ce dernier (14). Poursuivant son exposé, il note que les conditions de mise en œuvre du Vélléien varient suivant les coutumes : à Grenoble le Senatus Consulte est observé « à la rigueur, et l'exception en dure autant que l'action. « A Toulouse, la femme doit prendre les lettres dans les dix ans du « contrat. Et à Bordeaux on distingue ; si l'exception que pourrait « proposer la femme contre ses engagement, rejaillit contre le « mari, elle a dix ans du jour du contrat ». Il en conclut que « puisque « la femme n'est d'un certain état, et que l'obligation qu'elle passe « n'est susceptible de l'exception du Vélléien qu'à cause de son « domicile, il faut donc user de cette exception ainsi, et de la manière « que la loi du domicile la donne. Autrement ce serait admettre « l'exception que donne la loi et cependant vouloir s'en servir contre « les termes de la loi même, ce qui est absurde ; la loi qui nous donne « une faculté, un bénéfice, une exception, étant maîtresse d'y « apporter telles modifications qu'elle juge à propos » (15).

208. — C'est dans des termes presque identiques que la jurisprudence moderne exprime la même idée. Elle se trouve énoncée dans un arrêt de la Cour de Douai du 28 mars 1928 (16), qui déclare que « la nullité ... étant la conséquence de l'inobservation d'un texte « de loi, c'est le texte de la loi violée qui détermine le caractère et « les effets de la nullité, ainsi que les personnes ayant qualité pour « la faire prononcer ». Des formules analogues figurent dans la plupart des décisions récentes (17), mais la célèbre affaire *Patino* a donné successivement au Tribunal de la Seine, à la Cour de Paris

(14) Froland, *Mémoire concernant l'observation du Senatus Consulte Vélléien*, Paris, 1722. En particulier p. 175 et s. La solution a été consacrée par un arrêt de la 4e Chambre des enquêtes du Parlement de Paris rendu le 6 juillet 1677 (*Dame de Créquy*). Voir n° 99 : « Cet arrêt a jugé... que le Vélléien est un statut « personnel et que l'incapacité de la femme domiciliée en Normandie influe « non seulement sur les biens de cette province, mais encore sur ceux qui sont « situés sous des coutumes libres ». A la suite de l'arrêt de *Créquy*, Froland analyse plusieurs décisions des parlements de Rouen (8 août 1671, *Dame de Cardonville*) et de Paris (30 juillet 1687, *Dlle de Launay*, p. 245 ; 21 août 1692, *Dame de Sourdéac* ; 4 mars 1693, *Dame du Grippon*, p. 153 ; 22 juin 1714, *Dlle Hallé* ; 20 mai 1716, *Marquise de Mailloc*, p. 178). « ... Toutes ces dames s'étaient « obligées conjointement avec leurs marys par des contrats passés sous le sceau « du Chatelet et cependant on ne laissa pas de déclarer leurs obligations nulles « par la raison qu'on justifia que leur domicile était en Normandie... » (p. 243) ; Boulenois ajoute à la liste l'arrêt du Parlement de Paris du 23 mai 1729 *Dame de Joinville*, rendu dans le même sens.

(15) *Op. cit.*, p. 321, 332.

(16) *Clunet*, 1929, p. 400, *Mégarès*, précité.

(17) Civ., 11 juillet 1928, *Clunet*, 1931, p. 389 ou Civ., 14 juin 1957, *Revue*, 1957, p. 557 : « L'union contractée par E..., citoyen français, était soumise aux « conditions de validité exigées par la loi française d'où découlaient, en raison de « la violation, la nullité du mariage, comme les tempéraments apportés à cette « nullité... ».

et à la Cour de cassation, l'occasion de définir la solution avec plus de fermeté encore.

« La loi sous l'empire de laquelle un contrat a été passé peut seule « déterminer le régime de sa nullité et les causes qui sont susceptibles « de faire disparaître cette nullité », affirme le Tribunal dans son « jugement du 17 octobre 1956 (18). « La sanction de l'inobservation « des conditions de validité d'un acte juridique ne peut qu'être « déterminée par la loi sous l'empire de laquelle il a été conclu », confirme l'arrêt de la Cour de Paris du 1er juillet 1959 (19). Enfin, « la sanction de l'inobservation des conditions de capacité néces- « saires à la validité d'un contrat de mariage demeure à tous égards « soumise à la loi sous l'empire de laquelle il a été conclu ;... la mise « en œuvre de la nullité encourue ... et notamment la prescription « de l'action destinée à la faire valoir, formant avec l'incapacité « originaire et sa sanction un ensemble indissociable, soumis à une « unique loi ... ». Telle est l'opinion de la Cour de cassation (20).

B. — *Les applications jurisprudentielles.*

209. — Les applications de ce principe sont aussi anciennes et variées que les différents rattachements des conditions de validité. Nous ne citerons donc que les décisions les plus caractéristiques à cet égard.

C'est ainsi que la loi nationale régissant la capacité est à l'origine de la nullité des conventions matrimoniales des époux Patino, Mme Patino, mineure lors du mariage, n'ayant pas été régulièrement autorisée aux yeux de sa loi personnelle espagnole (21).

On rapprochera de cette affaire la décision par laquelle, le 19 mai 1958 (22), la Chambre civile casse l'arrêt rejetant la demande en nullité d'un partage où figuraient des mineurs marocains.

C'est dans les mêmes conditions que l'action en nullité pour incapacité naturelle, dirigée par une Italienne contre deux actes successifs qui la dépouillaient, a été repoussée, en application de sa loi nationale, par l'arrêt de la Chambre civile du 25 juin 1957 (23). Un arrêt antérieur de la Chambre des requêtes (24) avait d'ail-

(18) *J.C.P.*, 1956.II.9688, note Bellet.

(19) D., 1959, p. 465, note Malaurie ; *J.C.P.*, 1963.II.11214, conclusions Combaldieu ; *Clunet*, 1960, p. 428, note Ponsard.

(20) Civ., 15 mai 1963, *Gaz Pal*, 1963.II.42 ; *Clunet*, 1963, p. 996, note Malaurie ; *J.C.P.*, 1963.II.13366, note Motulsky ; *Revue*, 1964, p. 506, note P. Lagarde.

(21) Décisions citées *supra*, n° 208.

(22) Civ., 19 mai 1958, D., 1958, p. 496. La Cour d'Appel « avait omis d'énon- « cer les dispositions de la loi nationale des hoirs Abdul Wehab, édictant les « formalités habilitantes en matière de partage opéré à l'amiable entre héritiers « capables et héritiers incapables ». Rapp. Civ., 13 avril 1932, D.P., 1932.I.89, note Basdevant ; S., 1932.361, note Audinet ; *Revue*, 1932, p. 549, conclusions Mâtter ; *Clunet*, 1932, p. 997.

(23) Civ., 25 juin 1957 ; *Revue*, 1957, p. 680, note Batiffol.

(24) Req., 26 décembre 1934 ; *Clunet*, 1936, p. 166.

leurs déclaré nulle, en vertu du droit personnel musulman, la vente consentie cinq jours avant sa mort par un Algérien qui n'avait plus tous ses esprits.

210. — Mais la loi nationale ne régit pas seulement les questions de capacité. Elle définit l'ensemble des conditions de fond des actes du statut personnel et, par conséquent, les nullités sanctionnant ces conditions.

C'est ainsi qu'en matière de mariage, l'erreur provoquée par les manœuvres de l'époux français qui a dissimulé un divorce antérieur à sa fiancée américaine et catholique entraîne la nullité, conformément à la loi de l'Etat de New York applicable à la femme (25). De même, la loi française du mari engagé dans les liens d'un premier mariage provoque la nullité de l'union contractée avec une Syrienne (26).

Un vieil arrêt de la Cour de Chambéry, rendu le 7 février 1885 (27), admet que « l'affinité résultant ... de rapports illicites ... entre l'un « des époux et l'ascendant de l'autre... », qui constitue un empêchement dirimant dans la législation canonique appliquée en Savoie avant l'annexion, doit entraîner la nullité du mariage contracté sous l'empire de cette législation. Récemment, la Cour de Grenoble (28) a fait application à deux Italiens de l'article 123 du Code civil, qui annule le mariage pour impuissance du mari. Enfin, on peut placer dans la même perspective la série des décisions qui viennent de mettre un terme à la fameuse *affaire Lambrino*, dans la mesure où elles ont indirectement admis l'effet en France d'un jugement roumain annulant l'union clandestine contractée par le Prince héritier Carol en violation des règles dynastiques (29).

Il en va de même en matière de filiation : la reconnaissance sera nulle si la loi personnelle ne la permet pas (30). En particulier, l'exigence par la loi française, de la forme authentique, considérée par notre droit comme une question de fond, entraîne la nullité de la reconnaissance d'un Français souscrite par acte sous seing privé (31).

(25) Seine, 4 avril 1951, *Revue* 1953, p. 586 ; *J.C.P.*, 1953.II.7408, note J.M.

(26) Civ., 6 mars 1956, *Revue* 1956, p. 305, note Ph. Franscescakis ; *J.C.P.*, 1956.II.9549, note Alex Weill ; D., 1958, p. 709, note Batiffol. Rappr. Civ., 15 octobre 1958, *Clunet*, 1959 Chron. p. 466 ; Req., 31 juillet 1923, *Gaz. Pal.*, 1923.II.594.

(27) Chambéry, 7 février 1887, *Clunet*, 1888, p. 797.

(28) Grenoble, 19 juin 1963, *Revue*, 1964, p. 521, note Desprez, Cf. Trib. Tunis, 27 novembre 1907, *Clunet*, 1908, p. 811. Rappr. Tunis, 17 octobre 1955, *Rev. tunisienne de Droit*, 1956, p. 133, note Tallon.

(29) Seine, 6 mars 1957, *Clunet*, 1957, p. 744 ; Paris, 16 Décembre 1959, *Gaz Pal.*, 1960.1.116, D., 1961, p. 239, note Cornu ; Civ., 8 janvier 1963, *Revue* 1963. p. 109,. note G.H. ; *Clunet*, 1963, p. 1032, note Ponsard.

(30) Paris, 3 août 1898, D.P., 1899.2.70 ; Paris, 16 mars 1928, *Revue*, 1928, p. 661 ; Seine, 15 décembre 1892, *Clunet*, 1893, p. 160 ; Cf. Seine, 31 mars 1952, *J.C.P.*, 1953.II.7687 ; *Revue*, 1952, p. 330.

(31) Req., 2 août 1897, D.P., 1898.1.378.

211. — Si la loi nationale est à l'origine de la plupart des cas de nullité du droit international privé, elle n'en a cependant pas l'exclusivité. Les nullités de forme sont presque aussi fréquentes — en particulier en matière de mariage — et résultent le plus souvent de la loi locale.

Ainsi, la loi en vigueur en Mongolie ignorant la célébration purement religieuse, la Cour de Paris a dû annuler l'union bénie par un missionnaire (32). Le mariage célébré en la forme musulmane entre un Français et une Tunisienne, contrairement aux textes en vigueur dans la Régence, est annulé (33), comme celui, célébré en la forme purement religieuse, entre deux Français (34.)

Il en a été de même pour le testament rédigé en France par un Anglais en la forme anglaise, avant que ne soit dégagé le caractère facultatif de la règle *locus regit actum* (35) ; pour une donation contraire aux règles de forme de la loi suisse, compétente à la fois en tant que loi locale et loi du fond (36) ; pour la sentence arbitrale qui ne porte pas la signature de tous les arbitres exigée par la loi panaméenne du lieu de l'arbitrage (37) ; pour l'option de la femme sur la communauté, qui ne respecte pas la forme écrite de la loi polonaise (38) ; enfin, pour la reconnaissance d'enfant naturel, qui ne satisfait pas aux prescriptions de la loi locale sur les actes authentiques, une telle forme étant exigé par la loi française du fond (39).

On rapprochera de ces solutions celle donnée par la Cour de Rouen qui, dans un arrêt du 31 mai 1950, a annulé le mandat de renoncer à une succession, après avoir rattaché l'exigence d'une forme solennelle à la loi successorale française (40).

212. — La loi qui régit le fond des actes juridiques régit aussi la nullité qui sanctionne les vices du consentement : un jugement du Tribunal de la Seine a fait ainsi application de la notion anglaise de mis représentation le 18 janvier 1902 (41).

La même loi régit la nullité pour absence de cause ou cause illicite, ce qui permit aux juridictions françaises de considérer comme nul un effet de commerce payable en France, et donc régi par la loi française, mais tiré en Allemagne, et non causé (42).

(32) Paris, 9 juillet 1924, *Clunet*, 1925, p. 726.

(33) Civ., 14 juin 1957, D., 1957, p. 557.

(34) Civ., 19 novembre 1958, *Rev. du droit public*, 1959, p. 825. Rappr. Trib. Melun, 20 janvier 1954, *Gaz. Pal.*, 1954.I.272.

(35) Req., 9 mars 1853, D.P., 1853.1.217 ; Rappr. pour le don manuel, Civ., 14 juin 1899 (3 arrêts), D.P., 1900.1.45 et Civ., 5 juillet 1900, D.P., 1900.1.468.

(36) Paris, 27 mai 1964, *Clunet*, 1965, p. 402, note B.G. ; *Revue*, 1965, p. 540, note Desprez.

(37) Req., 28 décembre 1892, *Clunet*, 1894, p. 99.

(38) Paris, 2 juillet 1954, *Revue*, 1954, p. 810.

(39) Req., 2 août 1897, D.P., 1898.1.378 précité.

(40) Rouen, 31 mai 1950, D., 1950, p. 742, *Revue*, 1950, p. 603.

(41) Seine, 18 janvier 1902, *Gaz. Pal.*, 1902.1.326. Rappr. dans le cas du mariage, Seine, 4 avril 1951, *Revue*, 1953, p. 586 précité.

(42) Trib. com. Seine, 27 novembre 1933 et Paris 28 février 1935, *Revue* 1935, p. 748 ; cf. Req., 14 décembre 1937, *Nouv. Rev.*, 1938, p. 131 ; rappr. pour l'exception de jeu en matière de bourse, Douai, 2 novembre 1933, *Revue*, 1935, p. 136.

Appliquant le même principe, la Chambre civile (43) a récemment approuvé les juges du fond d'avoir refusé d'annuler pour fictivité et simulation une société suisse « dont l'objet réel n'était « autre que la gestion des biens d'un unique intéressé ». En effet, « l'unicité réelle d'actionnaire, acceptée par le droit suisse », n'était pas sanctionnée de nullité par ce droit.

Des décisions déjà anciennes avaient affirmé que la loi du contrat définit l'illicéité de l'objet et sa sanction. Ainsi, la prohibition des remèdes secrets par la loi française n'entraîne la nullité des contrats qui ont un tel objet que dans la mesure où ces contrats sont soumis à la loi française. La prohibition a donc été sans effet quant à la validité d'une société dont le siège était à l'étranger — et qui avait pour objet l'expoitation d'un remède secret (44).

SECTION II

LES DIFFICULTÉS DU RATTACHEMENT A LA LOI DE L'ACTE

213. — Il s'en faut cependant que toute incertitude soit levée quant au principe du rattachement de la nullité à la loi violée. Il reste certains points douteux. D'abord, on peut hésiter sur le rattachement de la nullité parce que l'on n'est pas sûr du rattachement de certaines des conditions de validité, voire de l'acte tout entier (45) (§ 1).

On peut d'ailleurs contester que l'examen de telles questions relève à proprement parler de notre étude. Sans doute une rigueur absolue peut-elle inciter à l'en exclure comme préalable et extérieure. Cependant, l'analyse de la nullité contribue à lever certaines hésitations sur le rattachement substantiel, et cela n'est paradoxal que dans la perspective où la nullité correspond soit au néant, soit à une réalité autonome. Il nous paraît légitime au contraire d'utiliser la nullité au soutien du rattachement substantiel du moment qu'il s'agit d'un aspect de l'aménagement des droits subjectifs : si validité et invalidité sont deux faces d'un même phénomène, il n'y a aucun paradoxe à s'appuyer indifféremment sur l'une ou sur

(43) Civ., 17 juin 1958, *Revue* 1958, p. 704.

(44) Seine, 8 janvier 1912, *Revue*, 1912, p. 402. Cf. Crim., 18 juin 1909, D.P., 1911.1.408. Cf. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1549, Rappr. Grenoble, 20 novembre 1908, *Clunet*, 1909, p. 765.

(45) L'arrêt de la Cour de Paris du 8 mars 1966 (D., 1966.525, note Malaurie) illustre ce genre de difficulté en matière de légitimation. Hésitant entre la loi de l'enfant et la loi du mariage, la Cour rattache à la première ce qui est proprement l'établissement du lien de filiation — la reconnaissance — et à la seconde la légitimité. La critique de cet arrêt est rigoureusement menée par M. Malaurie qui, avec la majorité des auteurs et des arrêts, se déclare partisan de la loi des effets du mariage (note précitée) pour régir tous les aspects de la légitimation.

l'autre pour découvrir le centre de gravité de l'ensemble et en déduire la localisation, donc le rattachement.

214. — Ceci explique qu'une fois levées les incertitudes sur le rattachement des conditions substantielles, on en voit paraître d'autres qui tiennent au caractère propre de la réaction (§ 2). On devra s'interroger en particulier sur la valeur de certains des rattachements acquis en droit positif, dont le fondement, considéré trop exclusivement à travers l'aspect substantiel des phénomènes juridiques, a pu sembler incompatible avec l'idée même de nullité : ainsi, la notion de choix de la loi applicable qui se trouve à la base du rattachement des contrats, comme l'idée de facilité qui inspire, à notre époque, la règle *locus regit actum*. Or cette incompatibilité révèle que la frontière qui sépare le droit des conflits du droit international matériel est plus mince qu'on ne pourrait le penser *a priori* (46).

§ 1. — L'incertitude sur la loi de l'acte.

215. — Tout d'abord, étant donné que l'on ne sait guère à quelle loi rattacher l'exigence d'un certain équilibre entre les prestations, la jurisprudence relative à la lésion a pu encourir les critiques d'une doctrine divisée (A).

Mais on ne sait pas davantage de façon précise dans quelle mesure les actes juridiques dont l'objet concerne des matières englobées impérativement dans le statut personnel, successoral ou délictuel, ne pourraient échapper au rattachement de ces statuts et dépendre de la loi d'autonomie qui convient aux actes ordinaires (B).

A. — *Le problème de la lésion.*

216. — Les difficultés que l'on éprouve à localiser la lésion en droit international tiennent à l'absence d'un principe certain en droit interne : on y trouve seulement des applications exceptionnelles d'une idée qui demeure nébuleuse.

Sont ainsi rescindables pour cause de lésion les contrats passés par les mineurs (47), les ventes d'immeubles (48), les partages amiables (49), les conventions de sauvetage maritime (50), les ventes d'engrais (51), la cession du droit d'exploiter une œuvre littéraire ou artistique (52),

(46) Voir *supra*, n^{os} 184 et s.
(47) Article 1305 du Code civil.
(48) Article 1674 du Code civil.
(49) Article 887 du Code civil.
(50) Loi du 29 avril 1916.
(51) Loi du 8 juillet 1907.
(52) Article 37 de la loi du 11 mars 1957.

et le prêt à intérêt (53). La jurisprudence ajoute à cette liste le mandat onéreux (54) et les cessions d'offices ministériels (55).

217. — Il est communément admis que l'intervention de la lésion dans le jeu des règles sur la minorité constitue une pièce du régime des incapacités (56). On n'éprouve donc aucun scrupule à rattacher ce problème à la loi personnelle.

Mais la question se pose de savoir s'il faut agir de même dans les autres hypothèses (57). Ainsi, la rescision pour lésion en matière de vente d'immeubles serait considérée comme un élément du statut de l'immeuble si l'on en croit un arrêt de la Cour de Paris du 1er février 1931 (58) ; celle qui frappe un partage de succession dépendrait de la loi successorale par identité de raison (59)...

218. — A défaut de principe général, il y a dans le droit interne une notion de la lésion qui, pour être équivoque, n'en est pas moins utilisable sur le plan du conflit des lois.

Malgré les tendances subjectives qui font considérer la lésion comme l'indice d'un consentement vicié, il n'est pas douteux que, dans toutes ses applications, elle exprime l'exigence d'un équilibre entre les prestations. Il s'agit donc de l'objet du contrat plus que de la volonté des contractants (60), et l'équilibre ou le déséquilibre de l'opération apparaissent dans le cadre du contrat, par comparaison entre les prestations réciproques ; il est vain de les chercher au niveau d'un seul de ses termes, l'immeuble par exemple.

Or, que la lésion révèle un vice du consentement ou soit un déséquilibre entre les prestations, elle relève naturellement de la loi qui régit le fond du contrat (61).

La jurisprudence de la Cour de Paris paraît donc condamnable lorsque, dans une vente d'immeuble, elle soumet la question à la loi du lieu de situation (62). On lui opposera un arrêt de la Cour de Rabat du 14 mai 1929, maintenu, non sans équivoque il est vrai, par la Chambre des requêtes, le 29 juin 1931 (63) et qui prend parti

(53) Décret-loi du 8 août 1935.

(54) Civ., 9 mai 1866, D.P., 1966.1.246 ; Req., 12 décembre 1911, D.P., 1913.1.129 ; Civ., 18 avril 1953, *Gaz. Pal.*, 1953.II.7.

(55) Req., 19 octobre 1904., D.P., 1905.1.13.

(56) Voir *supra*, n° 129.

(57) En ce sens, J. Maury, « La lésion dans les contrats », *Revue* 1936, p. 344.

(58) D.P., 1931.2.33 ; *Revue*, 1931, p. 348.

(59) Civ., 13 avril 1932, *Clunet* 1932. 997 ; *Revue*, 1932.549, conclusions Matter.

(60) Cf. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1408, p. 106 et Dennery, *Le partage en droit international privé français*, p. 40.

(61) L'état du droit positif qui rattache le consentement à la loi de l'acte nous dispense d'envisager la compétence de la loi personnelle invoquée au titre du consentement : voir en ce sens A. de La Pradelle, *Revue*, 1932, p. 295 ; E. Barin, *Principes*, II, paragraphe 243.

(62) Paris, 1er février 1931, cité *supra*, n° 217. Voir note Batiffol, *Revue*, 1934, p. 628.

(63) Rabat, 14 mai 1929 et Req., 29 juin 1931, *Revue*, 1932, p. 295, consultation A. de La Pradelle.

pour la loi du contrat. C'est dans la même perspective qu'il faut placer les arrêts rendus par la Cour suprême en matière de partage : ils appliquent la loi du partage (64) et, en particulier, c'est en tant que loi du partage qu'intervient la loi successorale (65).

B. — *Le rattachement des actes juridiques par leur objet.*

219. — Si la nullité appartient à la catégorie de rattachement de l'acte, il s'en faut que cette dernière soit toujours autonome. Ainsi le mariage et la reconnaissance d'enfant naturel sont impérativement englobés dans le statut personnel ; s'ils posent parfois certains problèmes en raison de circonstances particulières, il s'agit seulement d'aménager le critère de rattachement (66).

C'est que mariage ou reconnaissance sont des actes conditions (67). Les parties ne se font pas à elles-mêmes les normes de leur mariage. Elles déterminent simplement l'application des règles portées par la loi. Or ces règles font partie d'un ensemble cohérent : le statut personnel au sens du droit international privé. C'est donc la loi applicable à ce statut, la loi personnelle, qui régira le mariage ou la reconnaissance. La solution n'est pas mise en doute.

Mais elle paraît trancher sur celle qui prévaut en matière d'actes normatifs, c'est-à-dire essentiellement de contrats. Les actes de ce type reçoivent une qualification autonome. Ils bénéficient d'un rattachement propre, qui semble découler étroitement de leur nature : les parties à l'acte normatif élaborent certaines des règles qui régissent leurs rapports ; il se trouve qu'en droit international privé la loi applicable aux contrats est celle que les parties choisissent (68).

On peut donc songer à une transposition en droit international de la distinction fondamentale des actes juridiques (69). Ceux qui ouvrent des « statuts » suivraient le rattachement de ces statuts. Ceux qui créent des normes auraient un rattachement propre à la loi dite d'autonomie.

(64) Civ., 11 juillet 1928, S., 1930.I.218.

(65) Civ., 13 avril 1932 précité. Sur tous ces points, cf. Batiffol, *Contrats*, p. 350 et *Traité*, n° 615 ; Dennery, *op. cit.*, p. 41 et s.

(66) Par exemple la détermination de la loi applicable aux conditions de la reconnaissance lorsque son auteur et l'enfant sont de nationalités différentes — ou encore lorsque la nationalité de l'enfant change entre la naissance et l'acte... Voir Foyer, *Filiation illégitime, et changement de la loi applicable*, Paris, 1964.

(67) Voir *supra*, n^{os} 176 et s.

(68) Cf. Civ., 5 décembre 1910, *Revue*, 1911, p. 395 ; Civ., 6 juillet 1959, *Revue*, 1959, p. 708, note Batiffol.

(69) Rappr. la curieuse formule de Civ., 14 mai 1961, *Revue*, 1961, p. 545, note Batiffol : « ... la règle française de conflit soumet impérativement le divorce « d'époux de nationalités différentes à la loi de leur domicile effectif commun « et ne se réduit nullement à une présomption d'élection par les conjoints, « susceptible d'être combattue par la preuve contraire... ».

220. — Mais alors se pose une embarrassante question : certains actes normatifs ont un objet qui appartient à l'une des autres catégories de rattachement. La pratique connaît en effet des conventions entre époux — ou ex-époux — sur la garde des enfants, une pension alimentaire ou une séparation amiable : toutes choses qui concernent directement le statut personnel. Les conventions sur la responsabilité mettent en jeu les délits ou quasi-délits qui sont de la compétence de la loi locale. Le testament ou le contrat d'institution d'héritier, comme d'ailleurs les donations entre vifs, concernent de la même façon le statut successoral. Enfin, les accords portant sur des biens meubles ou immeubles influent sur le statut réel.

Ces actes dépendent-ils de la loi d'autonomie, ou de celle qui régit normalement leur objet personnel, délictuel, successoral ou réel ?

221. — La jurisprudence a résolu ce dernier point par un partage. Si, dans la majorité des cas, la loi qui régit un bien corporel régit aussi l'accord relatif à ce bien, ce n'est pas au même titre : on distingue le domaine de la loi du contrat et celui de la loi réelle. Il peut s'agir de deux lois différentes, déterminées par des rattachements autonomes.

Il en va autrement sur tous les autres points, comme le montre en particulier l'examen du statut successoral : il nous semble que, sauf en ce qui concerne la capacité générale et la forme, le testament est à tous égards, soumis à la loi de la succession. Mais tous les auteurs n'en sont pas sûr qui se demandent s'il ne lui échappe pas dans une certaine mesure pour relever, en tant qu'acte normatif, de la loi d'autonomie.

222. — La difficulté vient de ce que le testament est l'un des aspects fondamentaux du problème successoral. La loi qui régit ces questions ne peut s'en désintéresser, parce que succession *ab intestat* et succession testamentaire sont dans un rapport trop étroit : il y a dans la matière une unité qui sera brisée par un rattachement distinct du testament. Celui-ci, surtout dans notre droit, est impérativement soumis à des règles de fond (70) qu'on ne peut dissocier de celles qui régissent les successions *ab intestat*.

C'est pourquoi doctrine et jurisprudence s'accordent sur la soumission du testament à la loi successorale (71) en ce sens que toutes les dispositions impératives de cette loi lui sont applicables. Il sera donc nul si elle le déclare nul.

(70) D'abord quant à ses conditions : règles relatives à la capacité spéciale, à la quotité disponible et à la réserve. Ensuite, quant à son régime : règles sur la renonciation, sur la caducité, etc. Enfin, quant à ses effets, qui sont identiques à ceux de la dévolution *ab intestat*.

(71) Cf. Batiffol, *Traité*, en particulier p. 711 et note sous Aix, 16 juillet 1947, *Revue*, 1948, p. 93.

Seulement, la majorité des auteurs s'entend avec certains arrêts (72) pour reconnaître que le testament relève de la loi d'autonomie — celle que le testateur déclare adopter — dans les limites permises par les dispositions impératives de la loi successorale.

Il y aurait ainsi deux rattachements dont l'un conmanderait l'autre, et l'on est tenté d'y voir le prolongement des données du droit interne (73) : en tant qu'acte-condition, le testament serait impérativement rattaché à la loi successorale ; mais en tant qu'acte normatif il peut être soumis à la loi choisie par le testateur.

223. — Pourtant, nous ne pensons pas que l'on puisse vraiment affirmer avec cette jurisprudence que « comme tous les actes juri- « diques, les testaments sont, quant au fond, régis... par la loi sous « l'empire de laquelle leurs auteurs ont entendu se placer... » (74).

En effet, si cette loi est applicable dans la seule mesure où les dispositions de la loi successorale le permettent, on ne peut dire qu'elle soit véritablement appliquée. Elle est plutôt « réduite ... « à un rôle purement « matériel », pour reprendre une formule de M. Batiffol : « elle rend les services d'une référence à un usage pour « l'interprétation de l'acte, là où la loi compétente n'impose pas de « prescriptions impératives » (75). Mais le contrôle substantiel du testament lui échappe ; elle est diminuée, incorporée en réalité au droit qui régit la succession.

Cette situation amoindrie apparaît d'ailleurs dans le procédé qui lui donne accès au testament : elle n'est pas compétente en vertu d'une règle de conflit (76), mais par le jeu des dispositions internes de la loi désignée par la règle de conflit — c'est-à-dire de la loi successorale. Est-ce une véritable compétence au sens du droit international privé ? (77).

224. — Pour achever de se convaincre du contraire, il suffit d'imaginer que le testament, valable selon la loi successorale, soit nul aux yeux de la loi choisie. Si cette dernière vaut mieux qu'une référence à un usage — si elle a une véritable compétence, cumulée

(72) Batiffol, *Traité*, n° 639. Cf. Seine, 26 février 1958, *Gaz. Pal.*, 1958.I.325 ; Paris, 16 mai 1960, *J.C.P.*, 1960.II.11763, note C.G. ; *contra* : Niboyet, *Traité*, t, IV, n° 1339, p. 831.

(73) L'acte normatif est toujours en même temps un acte condition, Cf. *supra*, n° 178.

(74) Seine, 2 février 1958, *Clunet*, 1959, p. 430, note Ponsard.

(75) *Traité*, p. 716.

(76) Ni celle du for, ni, par l'effet d'un renvoi, celle de la loi successorale.

(77) Ce problème est envisagé par Dennery à propos du partage. Dennery écrit (*op. cit.*, p. 116) : « Lorsque les copartageants disposent dans le partage « amiable d'une certaine liberté, ils ne font, en profitant de cette liberté, qu'appli- « quer cette loi de dévolution. Il y a bien alors liberté des conventions mais il « n'y a pas autonomie de la volonté au sens que prête à ces mots le droit inter- « national, parce que la détermination de la loi compétente ne dépend pas de la « volonté des parties. Cette volonté n'est libre que dans le cadre fixé par la loi « compétente, déterminée elle-même par le système de solution des conflits « de lois auquel on se réfère... ».

avec celle de la loi successorale, il faut annuler le testament (78)... Nous ne pensons pas qu'un tribunal s'y résolve jamais. C'est qu'il faudrait gravement méconnaître les exigences de la loi successorale (79). La validité qu'elle proclame lui importe autant que les invalidités éventuelles qu'elle impose. Ce n'est pas satisfaire assez à sa compétence que de respecter ses nullités : qu'on lui impose une validité ou une invalidité, elle est aussi gravement lésée parce que les unes et les autres se tiennent.

C'est donc aller à l'encontre du principe qui soumet le testament à la loi successorale que de le soumettre aussi, pour partie, à une loi d'autonomie appliquée cumulativement. Les questions de succession forment un tout qui ne peut guère relever que d'une seule loi (80).

225. — Le parallèle établi entre le rattachement impératif des actes-conditions et celui, en quelque sorte facultatif, des actes normatifs, est en effet parfaitement fallacieux. C'est par leur objet, et non par la façon dont cet objet supporte en droit interne des actes juridiques plus ou moins normatifs, que les actes sont classés entre les différentes catégories de rattachement. Les règles applicables à cet objet font partie d'ensembles cohérents qui correspondent aux grandes catégories : statut personnel pour tout ce qui touche aux matières personnelles et, de même, statut des successions, des délits, etc... tandis que les règles relatives aux activités purement patrimoniales, correspondant au droit des obligations conventionnelles, appartiennent au statut d'autonomie.

Ceci est si vrai que le rattachement de principe des actes juridiques par le droit international n'est pas la transposition pure et simple de l'autonomie du droit interne, comme l'enseignaient Bartin et Niboyet (81) dont la doctrine sur ce point paraît inspirer la jurisprudence relative aux testaments, ainsi que le note M. Batiffol (82). En effet, les contrats régis par une loi étrangère en vertu de la règle de conflit dite « d'autonomie » échappent aux dispositions impératives de toute autre loi interne... (83).

Ainsi, que le testament soit un acte plus ou moins normatif importe peu à son rattachement : c'est une question de pur droit interne, résolue par la loi compétente, une fois réglé le problème du rattachement. Mais ce qui importe à cet égard, c'est que le testament

(78) Ceci sous réserve de ce qui va être rappelé *infra*, nos 233 et s.

(79) Ceci vaut à l'encontre de toute espèce d'application cumulative des lois en conflit : sous couvert de respecter le plus grand nombre de législations possible, on mutile nécessairement la moins exigeante... Voir Batiffol, *Traité*, no 388, p. 437 et les auteurs cités notes 20 et 21.

(80) En ce sens, Niboyet, *Traité*, t. IV, nos 1339 et s. ; Batiffol, note précitée, *Revue*, 1948, p. 93.

(81) Cf. Bartin, *Principes*, I, paragraphe 74, p. 178 et s. ; et Niboyet, *Traité*, t. V, nos 1384 et s.

(82) *Traité*, p. 639.

(83) Ils sont par contre régis par celles de la loi désignée par la règle du conflit, ainsi que nous allons le voir *infra*, no 239.

est un mode de dévolution à cause de mort. A ce titre, il prend place parmi les questions qui relèvent du statut successoral ; à ce titre, il dépend de la loi qui régit ce statut (84).

226. — Ce qui vaut pour le testament vaut aussi dans les autres cas douteux où l'objet de l'acte juridique relève d'un statut impératif : cet objet, par ses affinités avec la matière de telle ou telle catégorie, détermine le rattachement.

Ainsi, la validité du pacte sur succession future, loin de dépendre de la loi d'autonomie, sera déterminée par la loi successorale (85). Les conventions par lesquelles les époux cherchent à modifier leur régime matrimonial sont soumises à la loi de ce régime (86). Les substitutions fidéicommissaires, dont l'objet est finalement de créer une véritable inaliénabilité, sont, conformément à la jurisprudence en matière d'inaliénabilité, rattachées à la loi réelle (87).

Ainsi, la partage, qui est un contrat (88), ne dépend pas de la même catégorie suivant qu'il a pour objet l'indivision successorale — et dans ce cas la loi de la succession en détermine les conditions, les effets et la sanction (89) — ou suivant qu'il se rapporte, par exemple, à la liquidation d'une société. Dans ce cas, il relève de la loi régissant le contrat de société (90).

227. — De même, il conviendra de décider que les donations relèvent de la loi successorale dans la mesure où elles mettent en jeu les règles qui assurent la protection et l'égalité des héritiers. Mais la réglementation des libéralités entre vifs n'est pas exclusivement axée sur leurs conséquences au moment du décès : des considérations de police peuvent en inspirer les dispositions du vivant du donateur (91).

(84) Cf. pour une formule générale : Aix, 16 juillet 1947, *Revue*, 1948 p. 93, note Batiffol et, s'agissant d'incapacité spéciale : Nice, 28 décembre 1903, *Clunet*, 1904, p. 713 ; de l'institution contractuelle entre époux : Paris, 26 février 1964, *Clunet*, 1964, p. 577, note Ponsard ; du legs à une personne future : Bayonne, 31 mars 1904, *Revue pratique de droit international*, 1905, p. 225 ; de la désignation du légataire : Paris, 9 juin 1857, D.P., 1858.2.137 ; Seine, 7 juillet 1899, *Gaz. Trib.*, 1900.1.117 ; de la quotité disponible : Civ., 14 mars 1837, D.P., 1837.1.275 ; Civ., 26 janvier 1892, D.P., 1892.1.497 ; Seine, 26 avril 1907, *Clunet*, 1907, p. 1132.

(85) Colmar, 19 février 1949, *Revue*, 1950, p. 52 et le 14 novembre 1961, *Revue*, 1963, p. 534. *Contra* : Bartin, *Principes*, III, paragraphe 246, p. 71, parce que l'on ne pourra connaître la loi applicable qu'au moment du décès, lorsqu'il s'agit de succession mobilière. C'est la source d'une incertitude regrettable.

(86) Req., 4 juin 1935, *Revue*, 1936, p. 755 ; Req., 5 mai 1938, *Revue*, 1938, p. 659 ; Seine, 5 février 1953, *Revue*, 1954, p. 553 ; Paris, 1er juillet 1959, D., 1959, p. 433.

(87) Cf. sur ce point Batiffol, *Traité*, n° 652.

(88) Civ., 11 décembre 1961, *J.C.P.*, 1962.4.II.

(89) Civ., 13 avril 1932, D.P., 1932.1.59, précité.

(90) Civ., 11 juillet 1928, S., 1930.I.217. Voir *supra*, n° 80 sur l'ambivalence de la notion de partage... Cf. Dennery, *op. cit.*, p. 110 et s.

(91) Ainsi la règle « donner et retenir ne vaut » — comme les solemnités...

On conçoit alors une soumission partielle à la loi d'autonomie contrairement à ce que nous avons vu en matière de testament. Mais le contraste n'est qu'apparent : il ne s'agit pas d'appliquer cumulativement deux lois différentes à une même question, ou d'incorporer, à l'une, des règles facultatives de l'autre, mais de répartir deux questions bien distinctes entre ces deux lois : la réglementation de l'aspect successoral est demandée à l'une ; l'autre définit l'aspect conventionnel ... C'est sur un tout autre plan que se révèlent les inconvénients d'une telle répartition : le morcellement d'un acte entre des lois trop nombreuses est généralement peu souhaitable (92).

228. — C'est un problème comparable qui naît avec les conventions sur la responsabilité : elles dépendent normalement de la loi qui régit cette dernière. La solution découle très nettement, à nos yeux, de deux arrêts récents de la Cour de Paris et de la Chambre civile de la Cour suprême (93). Dans l'un et l'autre cas, une transaction sur l'action en responsabilité a été soumise à la loi du délit dans des termes qui paraissent exclure la compétence éventuelle de la loi d'autonomie (94).

Certains auteurs le déplorent, qui préféreraient soumettre l'aspect purement contractuel de l'opération à cette dernière loi, suivant un raisonnement analogue à celui qui vient d'être exposé à propos des donations, et qui soulève également l'objection du morcellement ...

Pourtant, la même solution prévaut dans le domaine du statut personnel : la loi applicable à ce statut régit à tous égards, semble-t-il, les conventions de séparation amiable, celles qui portent sur le divorce (95), sur la garde des enfants ou sur une pension alimentaire (96).

(92) Voir Batiffol, *Traité*, n° 640. Rappr. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1398, p. 66.

(93) Paris, 7 juillet 1954, *Revue*, 1954, p. 556, note Francescakis, *Gaz. Pal.*, 1954.II.307, et Civ., 3 janvier 1963, *Revue*, 1963, p. 547, note Bourel ; D., 1963.

(94) Civ., 3 janvier 1963 : « ...les effets de la déclaration faite... devant l'autorité judiciaire espagnole relativement aux conséquences pouvant découler du délit survenu en Espagne étaient, comme les conséquences de ce fait lui-même, *exclusivement* régis par la loi espagnole du lieu de l'événement, de même que la question de savoir si elle était affectée d'un vice du consentement... » et Paris, 7 juillet 1954 : « ... selon la loi française de conflit, le dommage ayant été causé et subi à New York, *seule* la loi de cet état est compétente pour régler la situation née du délit... Cette loi régit également la transaction qui n'eut pour but que la fixation et les modalités de paiement de l'indemnité, « *une telle convention ne pouvant être dissociée de sa source et de son fondement* ; « considérant d'ailleurs, et surabondamment, que l'application de la loi d'autonomie à la transaction conduirait à la compétence de ce même droit... ». Cf. Bourel, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuellles*, Paris, 1961, p. 259-260 ; cependant, note *Revue*, 1963, p. 558.

(95) Seine, 5 février 1953, *Revue*, 1954, p. 553 ; Seine, 2 juillet 1958, *J.C.P.*, 1959.II.11214 et Paris, 1er juillet 1959, *Revue*, 1960, p. 627, *Clunet*, 1960, p. 413, note Ponsard ; D., 1959,431, note Malaurie ; *J.C.P.*, 1959.II.11215, conclusions Combaldieu ; S., 1959.192, *Gaz. Pal.*, 1959.II.212.

(96) Req., 3 avril 1935, *Revue*, 1936, p. 114 ; Civ., 26 janvier 1938, D.C., 1942, p. 120.

229. — On s'explique par conséquent certaines hésitations de la jurisprudence qui paraît n'avoir pas encore déterminé avec certitude si les donations entre époux relèvent de la loi applicable aux effets du mariage (97) — comme c'est le cas pour les autres contrats entre époux (98) — ou de la loi successorale, comme les autres donations (99). Il est extrêmement délicat de déterminer le centre de gravité de cette institution, dont on ne sait si elle appartient davantage à la catégorie « mariage » ou à la catégorie « succession » (100).

§ 2. — Les difficultés provoquées par la nature du rattachement substantiel.

230. — Lorsque l'on a déterminé la loi applicable aux conditions de validité de l'acte juridique, il s'en faut que l'on ait écarté toutes les difficultés qui peuvent surgir en matière de nullité. Il subsiste des incertitudes, dont certaines, à vrai dire, sont plus apparentes que réelles.

C'est le cas du rattachement des empêchements « bilatéraux » qui figurent dans certaines législations sur le mariage. Par exemple, la loi suédoise interdit le mariage avec une personne atteinte de troubles mentaux ; ou bien la loi espagnole défend d'épouser une personne divorcée ; tandis que dans certains Etats, des différences de race ou de religion sont considérées comme prohibitives (101).

Dans la mesure où de telles dispositions figurent dans la loi personnelles de l'un des époux, on a pu y voir une atteinte au statut

(97) Req., 15 mars 1933, S., 1934.I.393, note Batiffol ; Seine, 12 juillet 1962, *Revue*, 1962, p. 690, note Batiffol ; Paris, 4 juillet 1963, *Revue*, 1963, p. 772 ; Civ., 15 février 1966, *Revue*, 1966, p. 272, note Batiffol.

(98) Cf. pour la vente : Req., 2 janvier 1938, *Revue*, 1938, p. 479, note Batiffol ; pour la société : Alger, 27 janvier 1899, *Clunet*, 1899, p. 558 ; Lyon,, 24 avril 1929, S., 1931.2.5, note Niboyet.

(99) Civ., 19 mai 1830, D.P., 1830.1.245 ; Req., 8 mai 1894, D.P., 1894.1.355 ; Paris, 26 février 1964, *Clunet*, 1964, p. 576, note Ponsard ; *Revue*, 1965, p. 334, note Le Bris ; D., 1965, p. 26, note Salé de la Marnière.

(100) On notera qu'une seule décision (Trib. Lyon, 26 décembre 1950, *Revue*, 1951, p. 510, note Loussouarn) a penché pour la loi d'autonomie (v. *supra*, n° 227). Mais la solution réside peut être dans la distinction des donations de biens présents — soumises à la loi des effets du mariage (v. Civ., 15 février 1966, *Revue*, 1966, p. 272, note Batiffol) — et des donations de biens à venir soumises à la loi successorale (v. Paris, 26 février 1964, précité *supra*, n° 229, note 99). Voir en particulier la note de M. le professeur Batiffol, *Revue*, 1966, p. 272.

(101) Sur l'empêchement dirimant qui résulte d'une maladie du futur conjoint dans les droits scandinaves, voir Arminjon, Bolde, Nolde et Wolf, *Traité de droit comparé*, t. II, n° 360 ; Une loi allemande du 18 octobre 1935 édictait des dispositions analogues, tandis qu'une autre loi, du 15 septembre de la même année interdissait à peine de nullité le mariage d'une allemande et d'un juif ou l'inverse... En U.R.S.S. le Décret du 15 février 1947 interdit de la même façon le mariage entre Russes et étrangers. Voir Arminjon, Bolde, Nolde et Wolf, *op. cit.* t. III, n° 178.

personnel de l'autre époux — malade ou divorcé par exemple — qui ignore ce genre d'empêchement (102). Nous croyons cependant que le problème ne doit pas être posé en ces termes : la compétence de la loi suédoise ou espagnole ne fait aucun doute (103) et l'on ne devrait rien trouver à redire au caractère « bilatéral » de l'empêchement. En effet, tout empêchement est bilatéral dans la mesure où, lorsqu'il paraît viser seulement l'un des conjoints, c'est en réalité à cause de ses rapports avec l'autre ; d'ailleurs le but de la règle est le lien matrimonial, non l'un ou l'autre époux : chacun n'est que l'occasion de réglementer ce lien. Ainsi, tout empêchement posé par l'une des deux lois réagit sur la situation du conjoint soumis à l'autre loi, par la nullité de tout le mariage... D'ailleurs, la loi française interdit à ses ressortissants d'épouser une personne qui est déjà valablement mariée et nul ne s'en formalise. Or la loi espagnole, qui ignore le divorce, ne fait pas autre chose (104).

231. — En réalité, ce n'est pas leur caractère « bilatéral », mais leur substance qui peut faire rejeter certains de ces empêchements. C'est ainsi que l'on n'a pas hésité à opposer l'ordre public à ceux qui manifestent des préjugés évidemment odieux (105), ce qui est reconnaître indirectement la compétence de la loi qui les édictait.

Lorsque la condition est plus anodine, comme la prohibition d'épouser une personne divorcée par exemple, ce problème ne revêt qu'en apparence une forme particulière.

C'est ainsi que dans l'hypothèse classique de l'Espagnol qui épouse une Française divorcée, la nullité a paru incompatible avec la possibilité de divorcer qui figure dans la loi française : on a jugé que la loi espagnole empiète sur le domaine de cette loi. En réalité, il s'agit d'une difficulté d'ajustement des lois compétentes et le problème concerne encore l'exception d'ordre public, considérée dans le rôle coordinateur mis en lumière par M. Paul Lagarde (106).

Si l'on a préféré contester la compétence de la loi espagnole accusée d'empiéter sur celle de la loi française c'est sans doute que

(102) Seine, 5 mai 1919, *Revue*, 1919, p. 543.

(103) Cf. Niboyet, *Traité*, t.V., 1486.

(104) Cf. d'ailleurs les articles 161-163 du Code Civil français, selon M. Rigaux, note *Revue*, 1957, p. 68.

(105) Pontoise, 6 août 1884, *Clunet*, 1885, p. 296, s'agissant d'une femme noire à qui sa loi personnelle en vigueur en Louisianne interdit d'épouser un Français ; Trib. Bordeaux, 18 janvier 1882, *Clunet*, 1882, p. 539, s'agissant d'un Bavarois à qui il manquait l'autorisation de son Gouvernement pour épouser une femme espagnole ; Paris, 17 novembre 1922, D.P., 1923.2.59 ; *Revue*, 1923, p. 437, sur l'impossibilité pour un Serbe, chrétien orthodoxe, d'épouser une Française qui ne l'est pas...

(106) Voir Thèse sur « l'ordre public international » précitée. Il en sera ainsi *a fortiori* si l'on peut interpréter la prohibition du droit espagnol comme une application de l'ordre public opposé à la loi française, dans la mesure où celle-ci permet le remariage de la Française divorcée... Cf. Batiffol, *Traité*, n° 369. Dans ce cas, le mariage sera valable à nos yeux, parce qu'on ne saurait donner effet en France à l'ordre public étranger quand il est dirigé contre la loi française.

la prohibition du divorce ne heurte pas, en principe l'ordre public français : on aura hésité à reconnaître une exception ici...

232. — Par ailleurs, certains rattachements présentent des inconvénients qu'il suffit de rappeler d'un mot parce qu'ils ne sont pas spécifiques de la nullité.

C'est ainsi par exemple que le droit international privé français divise les successions en plusieurs masses régies par des lois différentes (107). Cette solution, contraire au principe de l'unité du patrimoine, a des inconvénients en matière de nullité, comme sur le plan substantiel : s'il existe un testament, il relèvera simultanément de plusieurs lois, et le même acte, nul selon la loi française interne, pourra être valable aux yeux de telle loi étrangère désignée par la règle de conflit pour régir un autre aspect de la succession (108). La chose ne heurte pas de front la logique du procédé des conflits de lois puisque chaque loi s'applique dans les limites de la part de succession qu'elle régit. Elle n'est pas non plus contraire à la notion de nullité dont nous avons constaté la relativité... Elle est pourtant choquante sur le plan pratique (109).

Par contre, la nature même du rattachement des relations contractuelles aux règles substantielles de la loi d'autonomie, pour le fond, et de la loi locale, pour la forme, pose en matière de nullité un problème théorique devenu classique. Il révèle en même temps que certains liens existent entre le droit des conflits et le droit matériel.

A. — *La loi d'autonomie.*

233. — Si, pour reprendre les termes de la jurisprudence, « la « loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, « soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties « ont adoptée » (110), on admettra difficilement que cette loi ait le pouvoir d'annuler la convention (111).

(107) La succession mobilière dépend de la loi du dernier domicile du défunt, tandis qu'autant de lois distinctes régiront la dévolution de chacun des immeubles situés dans des territoires étrangers... Voir Batiffol, *Traité*, nos 634 et s.

(108) Cf. l'hypothèse où l'institution contractuelle, nulle quant à la succession mobilière en vertu de la loi italienne, est valable en vertu de la loi française, quant à la succession immobilière : Civ., 8 mai 1894, *Clunet*, 1894, p. 562 ; Req., 7 mai 1924, *Clunet*, 1925, 126. Rappr. Bartin, *Principes*, t. II, p. 73.

(109) Il faut ajouter que si le testateur, mal informé, s'est expatrié entre la rédaction du testament et son décès sans modifier ledit testament, il risque de se heurter à une source supplémentaire de nullités, la loi applicable à l'ensemble de la succession étant celle du dernier domicile (v. *supra*, nos 293 et s. et Aix, 16 juillet 1947, *Revue*, 1948, p. 93, note Batiffol). Bien des testaments sont ainsi vidés de toute substance par le jeu du droit international... et vice versa, des actes originairement nuls se trouvent validés (cf. encore Aix, 16 juillet 1947).

(110) Civ., 5 décembre 1910, *Clunet*, 1912, p. 1156. *American Trading Coc. Quebec Steamship Co.*, *Revue*, 1911, p. 395 ; S., 1911.I.129, note Lyon-Caen.

(111) Voir sur ce point Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, 1938, n° 54, p. 47.

Posée en termes de conflits de lois, la difficulté est incidente de celle qui s'élève sur le plan substantiel sous la forme d'un cercle vicieux : on ne comprend pas comment la loi, qui tient sa compétence du contrat, peut lui conférer sa force obligatoire ; comment un contrat international choisissant la loi française peut être « légalement formé » dans les termes de l'article 1134 de notre Code civil (112). On peut être tenté de conclure à l'absurdité de la jurisprudence et au rejet de l'autonomie de la volonté en droit international. Ce serait nier le droit positif. On sera donc porté à l'extrême opposé : le refus d'appliquer les règles de la loi éventuellement compétente dans la mesure où ses règles contrarient la volonté des parties...

234. — En effet le désir d'échapper à des dispositions impératives et la crainte de la nullité font pour les parties tout l'intérêt des discussions sur ce thème — sans qu'il soit nécessairement question de fraude. On est naturellement porté à dire qu'un contrat « international » ne doit pas être annulé pour les mêmes raisons qu'un contrat ordinaire ; on est même tenté de soutenir qu'il ne doit jamais être annulé parce que, dans ce domaine, la volonté des parties se suffit à elle-même : c'est poser une règle de droit international privé matériel.

L'un et l'autre argument aboutissent également à soustraire la substance du contrat international à toute espèce de loi nationale.

Il s'en faut de beaucoup que les décisions des tribunaux aient apporté au débat les éléments clairs et précis que la doctrine attend. Nombreuses sont celles qui laissent planer un doute sur le titre en vertu duquel la loi d'autonomie s'applique.

235. — Il en est ainsi du premier arrêt qui ait nettement dégagé le principe de la soumission des contrats à la loi d'autonomie, celui de la Chambre civile du 5 décembre 1910.

La Cour devait se prononcer sur la validité d'une clause d'exonération de responsabilité, nulle selon la loi de l'Etat de New York expressément choisie par les parties, mais valable selon la loi française du lieu d'exécution. La Cour refuse d'annuler la clause. Ce refus est équivoque.

En effet, après des motifs d'où l'on peut déduire un rattachement du contrat à la loi française du lieu d'exécution, elle revient définir le rôle de la loi américaine expressément choisie. C'est pour approuver la Cour d'appel dont le raisonnement est ainsi retracé : « S'il « avait été convenu entre les parties que leurs accords seraient régis « par l'acte du Congrès des Etats-Unis du 13 février 1893, il résulte « de l'esprit et des termes mêmes de leur convention que, dans leur « commune intention, elles n'entendaient se soumettre à la loi

(112) Cf. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, nos 28 et s., en particulier no 32, p. 75.

« américaine que pour tout ce qui n'aurait pas été expressément « prévu par la charte partie... ».

Autrement dit, la loi américaine choisie par les parties ne régit leur contrat que dans la mesure où elle s'accorde avec ses dispositions. En cas de contradiction, le contrat prévaut, la loi ne peut l'annuler (113). C'est dire qu'elle a perdu son élément impératif : l'acte du Congrès n'est plus la loi, mais un objet du contrat, un ensemble de dispositions rationnelles que les parties incorporent à leur convention en tant que de besoin.

236. — Cet arrêt n'est pas isolé. On en rapprochera celui de la Chambre civile du 15 mars 1935 (114). Un Français, débiteur d'un industriel de Strasbourg en vertu d'un contrat antérieur à la Grande Guerre, soutenait que son créancier était déchu du droit de lui réclamer les intérêts de la dette courus pendant la guerre, faute d'avoir effectué la notification prévue par le décret du 25 mars 1919. Approuvant la Cour de Paris, la Chambre civile a rejeté cet argument. Mais, tandis que la Cour d'appel rattachait le contrat à la loi étrangère, ce qui écartait le texte, la Cour de cassation décide « qu'en l'absence de toute convention contraire, les effets « de la convention envisagée devraient être déterminés par la loi « du lieu et du temps où elle aurait été souscrite ;... que les intérêts « réclamés, à raison de leur origine contractuelle, échappaient à la « déchéance édictée par le décret du 25 mars 1919 ».

C'est dire que le contrat international échappe aux modifications de la loi choisie par les parties, que, là encore, cette loi se trouve incorporée au contrat...

La Chambre des requêtes, dans une décision du 19 octobre 1938 (115), a utilisé un raisonnement semblable pour décider que les dispositions de la loi allemande du 16 juillet 1925 sur la revalorisation des créances étaient inapplicables à un contrat pourtant régi par le droit allemand.

Quant à l'arrêt fameux par lequel, la Cour de cassation fixait sa doctrine sur le traitement des clauses or dans le domaine international (116), on y trouve trace de la même idée. « Les contrac- « tants s'étaient référés à la valeur or du dollar canadien d'après « la loi canadienne en vigueur lors de la formation du contrat... « et en spécifiant que la société emprunteuse serait débitrice d'une « quantité d'or déterminée, ils avaient par avance entendu sous- « traire leurs conventions à toutes mesures législatives susceptibles « de diminuer le montant de la dette en modifiant le poids et le « titre du dollar or ».

(113) C'était en particulier l'opinion de SAVIGNY *Traité de Droit Romain*, t. VIII, Trad. Guénoux, paragraphe 374, p. 273. Cf. BATIFFOL, *Contrats*, p. 47.

(114) *Nouv. Rev.*, 1935.341, *Revue*, 1936.463, S., 1935.I.224.

(115) *Nouv. Rev.*, 1939.152.

(116) Civ., 21 juin 1950, *Revue*, 1950.609, note Batiffol ; *J.C.P.*, 1950.II.5812, note Ph. Lévy ; D., 1951, p. 749, note Hamel ; S., 1951.1.1, note NIBOYET (*Affaire des Messageries Maritimes*). Voir *supra*, n° 184, et note 4.

237. — Pourtant, ce même arrêt apporte un démenti formel à la thèse qui rend le contrat international supérieur à la loi nationale, thèse qui formait le motif essentiel de la décision d'appel (117). Celle-ci tirait, en quelque sorte, la morale des décisions précédentes : si les parties peuvent choisir parmi les dispositions impératives de la loi qu'elles désignent ; si elles peuvent écarter pour le présent, et même quant à l'avenir, celles qui leur déplaisent, c'est que leur contrat se suffit à lui-même. On « est donc mal fondé à prétendre « que le contrat devrait être nécessairement rattaché à la légis- « lation d'un pays déterminé ... et en effet, en matière de règlements « internationaux, les conventions font la loi des parties ».

Censurant la Cour d'appel, l'arrêt de la Chambre civile déclare que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la « loi d'un Etat ». C'est en opposant l'ordre public à la loi canadienne — reconnue par là même applicable en principe dans toutes ses dispositions — que la Cour de cassation réussit à sauver la validité de la clause or, sans consacrer les thèses avancées par le juge du fond.

On se demande alors, en présence d'une motivation aussi précise, pourquoi la Cour suprême a cru devoir reproduire au bas de la décision l'attendu que nous avons relevé et qui contredit exactement son premier et vigoureux motif.

Les mêmes contradictions s'observaient dans l'arrêt du 5 décembre 1910. C'est après avoir clairement rattaché la charte partie litigieuse à la loi française, parce que les contractants « n'ignoraient pas « que cette clause devait être exécutée sur le territoire français « où elle est considérée comme illicite... », que la Chambre civile paraît revenir à la loi américaine expressément choisie — sauf en celles de ses dispositions qui annulent le contrat...

238. — Par conséquent, le moins que l'on puisse dire est que la jurisprudence est obscure. Il appartenait à la doctrine, principalement représentée par M. Batiffol, de concilier ses formules hésitantes en les rapprochant de certains principes fondamentaux (118).

En vertu de ces principes, la seule volonté des parties est impuissante à faire naître quelque obligation, quelque droit que ce soit (119). Il lui faut l'appui d'une règle juridique préexistante, et cette règle peut être soit une disposition matérielle, disant par exemple qu'en matière internationale la volonté est libre, soit une disposition

(117) Paris, 24 avril 1940, S., 1942.2.29 ; note Niboyet ; *Nouv. Rev.*, 1940.196.

(118) Batiffol, *Contrats*, Chapitre I. Cf. *Traité*, nos 572 et s.

(119) L'article 1134 du Code Napoléon l'exprime brièvement. Cf. la sentence du 22 avril 1958, rendue dans l'affaire de l'*Aramco* (*Revue*, 1963, p. 272, Chronique Batiffol, *Revue*, 1964.647) : « ...un contrat ne peut pas exister *in* « *vacuo*, mais doit reposer sur un droit... sans un droit qui préside à sa création, « la convention n'est pas même concevable. La volonté ne peut engendrer de « rapports conventionnels que si le droit dont elle relève lui en donne préala- « blement le pouvoir... ».

du droit interne déclaré compétent par le droit des conflits. Ainsi le contrat, loin d'avoir la loi pour objet, est nécessairement l'objet d'une loi qui en régit impérativement les conditions et les effets.

239. — Le droit positif français consacre la seconde hypothèse : l'accord des parties sur le choix de la loi n'est donc pas « en l'air », mais fait l'objet d'une règle de conflit qui en détermine exactement la portée. Bien mieux, dans la perspective de la jurisprudence française qui ne paraît pas distinguer entre choix exprès et choix tacite ou implicite (120), on peut douter qu'il s'agisse véritablement d'un acte juridique au sens normatif du terme (121). Le choix de la loi, exprès ou tacite, est plus exactement l'une des conditions posées par la règle de conflit pour la localisation du contrat dans tel ou tel système juridique, selon le même raisonnement qui vaut pour les autres rapports relevant du droit international privé : relations de famille, biens ou faits (122).

Dans ces conditions, il ne fait aucun doute que toutes les dispositions de la loi applicable doivent régir le contrat. L'attendu de la Chambre civile disposant que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat» prend alors toute sa valeur. Non seulement ce contrat ne peut-il échapper à toute espèce de loi positive, mais encore, ce qui revient au même, cette loi doit s'appliquer dans ses dispositions impératives. Le motif final de l'arrêt est donc non-relevant — et les décisions qui « gèlent » la loi du contrat à la date de la conclusion, ou qui écartent certaines de ses dispositions, sont par conséquent dissidentes. Dans ce contexte, on pourra voir dans l'arrêt du 5 décembre 1910 une soumission à la loi française du lieu d'exécution et écarter le reste (123).

Ainsi n'y a-t-il en fin de compte rien d'étonnant ni de choquant à ce qu'une convention soit déclarée nulle en application de la loi d'autonomie (124) ... Tel est, en tout cas, notre droit positif.

240. — Si quelque doute devait cependant subsister, c'est que l'on peut trouver regrettable — non pas qu'un contrat international soit nul (125) — mais qu'il soit annulé en vertu de règles

(120) Voir cependant Civ., 6 juillet 1959, *Revue*, 1959, 708, *Allouche*, note Batiffol.

(121) Voir *supra*, nos 177 et s.

(122) Voir Civ., 24 avril 1952. Revue 1952.502, note Batiffol, *C.H.O.c.C.F.A.O.*; et Civ., 6 juillet 1959, *Revue*, 1959.708, *Allouche*, note Battiffol, précité. Cf. Batiffol, *Contrats*, nos 41 et s.

(123) Si l'on admet que la loi française régit la charte partie, il reste possible de considérer que les parties ont voulu utiliser l'acte du Congrès comme base matérielle de référence. Il est alors privé de valeur légale, incorporé au contrat. Mais cela est sans inconvénients, du moment que celui-ci, soumis à la loi française, en tire sa force obligatoire...

(124) Batiffol, *Contrats*, n° 54. Rappr. Niboyet, *Traité*, t. V, n° 1395.

(125) Refuser absolument la nullité du contrat international c'est dire que ce contrat échappe à toute espèce de loi ; la volonté des parties se suffit (cf. *supra*, n° 233)... Indépendamment du problème philosophique (sur ce point

appartenant au droit interne d'un Etat. On voit se dessiner ici, à travers la question de nullité, l'une des aspirations profondes du droit international (126) : ce qui heurte en réalité certains juristes, ce n'est pas que les contrats internationaux, comme tous les contrats, soient régis par un droit supérieur à la volonté des parties, mais que ce droit soit nécessairement celui d'un Etat.

Il peut s'agir en effet de relations qui paraissent dépasser substantiellement le cadre de tel ou tel Etat, et non seulement cela, mais encore de tout Etat quelconque (127). C'est le problème d'une société privée internationale et du droit correspondant qui est ainsi posé de façon de plus en plus pressante. Dans la mesure où le droit international public ne saurait s'appliquer directement à de telles relations — soit qu'elles concernent seulement des personnes privées, soit surtout qu'il ne puisse fournir les règles précises dont le besoin se fait sentir (128) — il est certain que c'est d'un droit véri-

v. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, nos 28 et s.), ce principe paraît juridiquement impraticable. Il revient d'abord à nier l'existence d'intérêts généraux dans le domaine international, c'est-à-dire l'existence d'une « société » dont la considération justifie cependant que le contrat échappe à une loi interne (cf. *infra*, n° 240) ; il ramène ensuite les relations des parties contractantes à un simple rapport de forces... Un arrêt du Reichsgericht du 28 mai 1936 (*Clunet*, 1936, p. 951 ; *Nouv. Rev.*, 1936, p. 353) déclare que « seule « la soumission illimitée à une législation déterminée peut garantir que le rapport « de droit sera en cas de besoin réglé, même contre la volonté égoïste de la « partie économiquement la plus forte, voire des deux parties, conformément « aux principes juridiques communs aux Etats de même civilisation, en tenant « compte des intérêts généraux en jeu dans chaque cas ». Rappr. l'examen du problème de l'opposition de la loi et de la liberté dans BATIFFOL, *op. cit.* nos 40 et s.

(126) Voir *supra*, nos 184 et s.

(127) B. GOLDMAN, « Les sociétés internationales », *Clunet*, 1963, p. 320 ; Ph. KHAN, *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961 ; Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, Paris, 1965 ; BATIFFOL, *op. cit.*, p. 63 et s. et *Cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales*, 1961-1962 : « Problèmes des contrats internationaux ».

(128) Le droit international public ne contient encore aucune règle qui permette de déterminer, par exemple, la date à laquelle doit être évaluée une monnaie de compte, ou d'interpréter les statuts d'une société... Seul un droit privé interne est capable de fournir ces règles. Un moyen de remédier à cette lacune du droit international public est l'incorporation à un traité diplomatique d'une loi interne déterminée (v. les nombreux exemples étudiés par M. GOLDMAN, « Les sociétés internationales », *Clunet*, 1963, p. 320). Mais bien souvent, c'est à un arbitre qu'il revient de reconstituer le droit dont les dispositions lui font défaut (cf. la méthode syncrétique employée à cet effet par le Président Cassin dans l'affaire des cargaisons détournées, Sentence du 10 juin 1955, *Revue*, 1956, p. 278, note Batiffol. Rappr. la sentence rendue dans l'affaire de l'*Aramco* le 22 août 1958, *Revue*, 1963, p. 272 et Chronique de M. Batiffol, *Revue*, 1964, p. 647). M. Batiffol a noté que dans la mesure où les arbitres internationaux se refusent à appliquer la loi de tel Etat déterminé, ils ont tendance à invoquer, sous couleur de droit naturel ou de principes généraux communs aux nations civilisées, les principes fondamentaux du système qu'ils connaissent le mieux (v. par exemple la sentence rendue par Lord Asquith of Bishopstone le 28 août 1951 (International and Corporative Law Quaterly, 1952.247). *Aspects philosophiques*, p. 99.

tablement international, détaché des droits nationaux et par conséquent étranger au droit des conflits, qu'il faudrait s'occuper (129)...

241. — D'autre part, la soumission du contrat à une loi interne étant admise, certains auteurs ont décelé dans la jurisprudence une tendance qui la porte à rattacher l'acte de préférence à une loi qui le valide (130). Nous pensons qu'il faut distinguer ici deux attitudes différentes.

D'abord — et dans la perspective la plus orthodoxe de notre droit positif — le juge qui cherche où les parties ont voulu localiser leur acte, ne saurait hésiter lorsque, toutes choses égales d'ailleurs, de deux lois « possibles », l'une annule et l'autre valide : il choisira la seconde. Mais cela ne signifie pas nécessairement qu'il veuille éviter à tout prix la nullité. Simplement, la volonté des parties est son guide ; à moins d'indication contraire, ce guide est présumé raisonnable. Dans ces conditions, c'est en allant « plutôt dans le « sens avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens « avec lequel elle n'en pourrait produire aucun » (131) que le juge respecte « la véritable commune intention des parties contractantes... » (132). Il s'agit d'une question d'interprétation, et les principes énoncés plus haut (133) ne sont pas remis en cause (134).

(129) On conçoit que ce droit se forme à l'heure actuelle entre les commerçants du « milieu » international. Mais les circonstances de sa formation restent relativement obscures : sans doute la pratique de plus en plus fréquente de l'arbitrage contribue-t-elle à cette formation ; mais c'est un domaine encore trop secret pour qu'une véritable coutume puisse naître : les sentences ne sont guère publiées (cf. Ph. FOUCHARD, *op. cit.*, p. 450 et s.).

Le seraient-elles qu'il resterait un obstacle à surmonter : si l'arbitrage est le moyen de détacher les contrats internationaux de l'emprise des lois nationales, encore faudrait-il renforcer le caractère juridictionnel de cette institution. Or le facteur essentiel de son développement est l'hypertrophie de son autre caractère : l'aspect conventionnel (sur la coexistence de ces deux caractères, v. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage*, Paris, 1965. V. en particulier, p. 117 et s. : « Le problème de l'autonomie absolue de la volonté en matière d'arbitrage). Mais si l'arbitrage est lui-même un contrat, on ne saisit pas comment il peut contribuer à détacher les contrats d'une emprise à laquelle il n'échappe pas lui-même... Le cercle vicieux ne peut être brisé que par l'intervention d'un législateur international renforçant son caractère juridictionnel (cf. à cet égard la portée de l'art. 7 de la Convention Européenne de 1961 qui consacre la liberté de l'arbitre dans le choix du système de conflit applicable au fond, et lui ouvre la possibilité de se référer à un système de conflit indépendant de ceux des Etats. En ce sens FOUCHARD, *op. cit.*, nos 560 et s.). On en revient à un lieu commun : pour que se forme le droit de la société internationale, il paraît indispensable d'organiser cette société. Le rôle des traités nous paraît devoir être capital sur ce point. Mais il est certain que l'organisation de la société internationale ne peut se faire d'un coup, à l'échelle de l'univers. Le relais des Etats nationaux se prend dans des cadres limités, tels ceux que l'on voit se développer à l'heure actuelle, en particulier en Europe, ou ceux d'une profession donnée...

(130) Cf. sur ce point BATIFFOL, *Contrats*, n° 155. Il s'agit surtout de la doctrine américaine ; voir en particulier EHRENZWEIG, *A Treatise on conflict of Laws*, 1962, p. 465 et s.

(131) Article 1157 du Code Civil.

(132) Article 1156 du Code Civil.

(133) *Supra*, nos 238, 239.

(134) L'arrêt de la Chambre Civile du 5 décembre 1910 précité, illustre cette démarche. Voir BATIFFOL, *Contrats*, p. 138 et n° 161, *Traité*, n° 597.

242. Mais il est évident que la même démarche peut avoir un tout autre sens lorsqu'elle est inspirée par l'idée qu'il faut éviter la nullité, non point absolument, ce qui serait revenir sur une question déjà envisagée (135), mais dans toute la mesure du possible. C'est alors formuler une règle différente de celle que nous croyons positive. Le contrat n'est pas rattaché à la loi du pays où l'opération est centralisée, mais à celle qui le valide, ce qui suppose une compétence éventuelle de plusieurs législations (136), peut-être même de toutes celles qui ont un rapport quelconque avec lui (137)... L'éventail peut en être plus ou moins généreusement ouvert, mais de toutes façons, une telle position n'est plus rigoureusement conforme à la logique du procédé des conflits de lois (138) : elle est intermédiaire entre la règle matérielle qui rejeterait toute nullité dans le domaine international, et la règle de conflit que nos tribunaux appliquent, puisqu'il suffirait que l'acte satisfasse à l'une quelconque des lois que désigne en bloc un rattachement multiple.

Il est bien certain qu'un mur sépare rationnellement cette attitude de celle qui consiste à interpréter la volonté des parties quant à la localisation de l'acte. Il est non moins certain que l'interprète discernera difficilement dans nombre de décisions de justice le côté de ce mur où se trouve le juge...

Mais, si la recherche de la « loi de validité » prise comme élément de rattachement est étrangère à notre droit en matière de fond, il semble qu'en matière de forme ce droit connaisse une démarche comparable.

B. — *La règle « locus regit actum »*

243. — En effet, il se pose en matière de forme des actes (139) un problème analogue à celui que nous venons d'agiter en ce qui

(135) *Supra*, n° 240, note 123.

(136) A propos du souci de maintenir la validité de certains actes M. Francescakis écrit que : « ... la présence de ce motif dans la pensée du législateur conduit « à la formulation de règles de conflit à rattachement alternatif. L'acte sera « indistinctement valable s'il est conforme à la loi interne que désigne telle « circonstance de rattachement ou telle autre... ». *La Théorie du renvoi*, n° 235. Rappr., *Id.*, n°s 152-153.

(137) Ce genre de rattachement s'inscrit dans la ligne des théories « réalistes » de la doctrine des Etats-Unis dont M. Ehrenzweig est l'un des plus éminents représentants (cf. DE NOVA, Compte rendu de « A treatise on the conflict of Laws », *Revue*, 1964, p. 400). La résolution des conflits de lois est effectuée à partir de « véritables » (true) règles de conflit, dont la particularité est de ne déroger à la compétence de principe de la *lex fori* qu'en fonction d'objectifs matériels, tels que la validité en matière contractuelle. Ainsi, écrit M. Ehrenzweig, « Whenever the Court's choice is between the assumption of an invalidating « and a validating rule, it will assume the latter. The lex validitatis in conflict « cases is only an application of this almost evident postulate ».

(138) *Infra*, n° 250.

(139) Voir MALAURIE, *Jurisclasseur de Droit international*, « Forme des actes », Fasc. 551, B. On notera que la règle *locus regit actum* concerne aussi bien les formes véritables, celles qui sont sanctionnées de nullité, que les formes de preuve ; seules les premières nous intéressent ici.

concerne le fond des contrats. La réponse est, ici, légèrement différente : il semble que notre droit reconnaisse une certaine incompatibilité entre la nullité et la maxime *locus régit actum*, et qu'il consacre en ce domaine, la position que l'on vient d'envisager, à mi-chemin du droit des conflits et de la règle matérielle.

244. La forme des actes n'est pas directement rattachée à la loi qui en régit le fond. Si, aux origines, forme et fond des contrats se trouvaient confondus dans une catégorie identique, les théories empruntées à l'œuvre de Dumoulin ont séparé les deux questions. A la loi du lieu de conclusion restait la forme ; à la loi d'autonomie revenait désormais le fond. Mais il semble que le volontarisme qui caractérise la règle de conflit appliquée au fond n'ait point tout d'abord exercé d'influence sur celle qui restait applicable à la forme : la règle *locus* ... présente au XIX^e^ siècle un caractère impératif ; les parties doivent satisfaire aux exigences de forme de la loi locale ; elles n'en peuvent choisir une autre (140).

Mais, dès le début de ce siècle, tandis que se précise la notion d'autonomie en matière de fond, une évolution se dessine en matière de forme : la règle *locus* ... devient facultative ; une option est ouverte aux parties entre deux, plus plusieurs rattachements possibles.

245. C'est qu'une analyse nouvelle de la notion — particulièrement obscure — de forme la dégage de l'emprise territoriale que semble exprimer la règle *locus* ... à ses origines. Suivant la formule de M. Batiffol, si « les règles de forme exigent une observation « immédiate, elles n'importent pas, par elles-mêmes, aux intérêts des « parties » (141). Cette idée fonde le caractère facultatif donné au XX^e^ siècle à la règle *locus* ... et la multiplication des rattachements offerts à la commodité des parties.

Ainsi la loi locale garde une compétence de principe. Mais un arrêt du 20 juillet 1909 (142) permet au testateur de se conformer aux formes de sa loi personnelle, en des termes dont la portée générale étend la solution aux autres sortes d'actes. Enfin, tout récemment, un troisième terme fait son apparition avec la compétence de la loi régissant le fond (143).

246. On pourrait penser que, par ce dernier trait, la règle *locus* ... se confond avec la règle d'autonomie : le statut contractuel retrouverait sur une base nouvelle son unité du Moyen Age.

(140) Voir en matière de testament : Req., 9 mars 1853, D.P., 1853.1.217 ; en matière de don manuel : Civ., 6 février 1905, D.P., 1905.1.481.

(141) Batiffol, *Traité*, 3^e^ éd., 1959, n° 579, p. 631.

(142) Civ., 20 juillet 1909, D.P., 1911.1.185.

(143) Civ., 28 mai 1963, *Clunet*, 1963, p. 1004, note Goldman ; *J.C.P.*, 1963. II.13347, note Malaurie ; *Revue*, 1964, p. 513, note Loussouarn ; D., 1963.677, note anonyme. Rappr. les arrêts cités par Batiffol, *Traité*, n° 599 et en particulier Req., 8 décembre 1914, *Clunet*, 1916, p. 1218.

Ainsi la Cour de Paris, dans l'arrêt du 29 avril 1959 (144), pose le principe d'une autonomie comparable en matière de forme et en matière de fond. Elle proclame « que l'on doit admettre, en « vertu du principe de l'autonomie de la volonté, que rien n'empêche « les contractants de se référer à une autre loi (que la loi locale), « qu'elles connaissent mieux et qu'elles ont choisie, que cette loi « soit ou non la loi nationale des parties... » et « que si on reconnaît « aux parties le droit de choisir en toute liberté la loi applicable « au fond, on ne voit pas pourquoi elles seraient obligées, en ce « qui concerne la forme, à recourir à la loi du lieu de passation de « l'acte... »

Il semble donc que l'on revienne à la question de savoir si la nullité se conçoit là où la compétence de la loi applicable se fonde sur le choix des parties ... On est tenté d'y répondre comme nous l'avons fait à propos du fond : dans la mesure exacte où les règles de conflit relatives au fond et à la forme se recoupent, il s'agit du même problème.

247. — Pourtant, les options sur le rattachement de la forme n'équivalent pas au choix des parties quant au fond.

Tout d'abord, dans la conception actuelle de la forme, la règle *locus* ... a un domaine plus large que celui de la loi d'autonomie (145).

Elle joue en matière de mariage (146), de libéralités — qui sont rattachés quant au fond à la loi personnelle et à la loi successorale ; elle joue également à propos d'actes intervenus dans le cadre d'un rattachement préexistant (147) : conventions sur la responsabilité, contrats entre époux, etc... qui ne sont nullement rattachés à la loi d'autonomie.

248. — D'autre part, on peut se demander dans quelle mesure les contractants pourraient soumettre leur opération à des formes qui ne soient ni celles de la loi locale, ni celles de leur loi nationale, ni celles de la loi choisie pour le fond, mais une loi encore différente (148). L'arrêt du 29 avril 1959 semblait le leur permettre. Mais par sa décision du 28 mai 1963 (149) la Chambre civile, tout en rejetant

(144) Paris, 29 avril 1959, *Revue*, 1959, p. 484, note Loussouarn ; D., 1959.403, note Lyon-Caen et P. Lavigne ; *Gaz. Pal.*, 1959.1.264, conclusions Combaldieu. Cf. Trib. Seine, 15 février 1958, *J.C.P.*, 1959.II.11133, conclusions Souleau, note Savatier.

(145) La question reste ouverte de savoir s'il ne faut pas réviser les qualifications dans ce domaine...

(146) Elle connaît ici deux alternatives seulement : loi locale, ou loi nationale par le recours aux postes consulaires. La loi du fond intervient à titre de loi nationale : elle ne peut jouer en principe entre époux de nationalités différentes, lorsqu'elle est désignée par le domicile, l'accès à la forme consulaire n'existant d'ailleurs pas toujours lorsque le mariage est mixte...

(147) Voir *supra*, nos 225 et s.

(148) A la vérité, on voit mal l'intérêt d'une telle manœuvre en matière purement contractuelle...

(149) *Clunet*, 1963, p. 1004, note Goldman ; *J.C.P.*, 1913.II.13347, note Malaurie ; *Revue*, 1964, p. 513, note Loussouarn.

le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour de Paris, se borne à rappeler que la forme qui, en l'espèce, n'était pas conforme à la loi locale, était cependant régulière, parce qu'elle respectait les dispositions de la loi du fond.

Néanmoins, M. Malaurie, qui voit dans la maxime *locus regis actum* un « mécanisme de validité du contrat, ... une « disposition essentiellement salvatrice », paraît bien près d'admettre le raisonnement de la Cour de Paris. On lit sous sa plume autorisée (150) que « l'opé- « ration devient valable chaque fois qu'elle adopte les formes d'un « droit qui a une quelconque relation avec elle ; ainsi, grâce à *locus* « *régis actum*, chaque fois qu'un acte juridique a un caractère inter- « national, les juges éviteront le plus que faire se peut, qu'on le « détruise pour une raison de forme ». Cette formule, qui peut paraître essentiellement pratique, a une portée théorique très grande.

On est tenté, pour perfectionner ce mécanisme de validité, de multiplier les options offertes aux parties : la loi compétente pourra être n'importe laquelle parmi celles qui ont un lien quelconque avec l'acte, et non plus seulement soit la loi locale, soit la loi nationale, soit la loi du fond ; ce pourra même être n'importe quelle loi quelconque — une loi « neutre » ... A la limite, c'est poser la question de l'incompatibilité entre la règle de droit international et la nullité en des termes qui rappellent les notions aperçues à propos de la loi d'autonomie : le refus de la nullité prend l'aspect d'une règle matérielle énonçant que dans le domaine international, une « simple question de forme » ne peut entraîner de nullité.

249. — Or, tandis qu'une telle règle est absente du droit appliqué au fond des contrats, elle semble bien être consacrée, au moins en partie, en matière de forme des actes : on doit certainement considérer avec M. Malaurie que la validité de l'acte dont les formes satisfont à l'une quelconque des trois lois possibles, est inévitable. Nous retrouvons, en matière de forme, le mécanisme par lequel on rattache un acte à la loi de validité...

Sans doute ce mécanisme fait-il figure d'une simple étape (151) vers le principe qui vient d'être énoncé (152), et nous ne pensons pas que cette étape puisse être dépassée — parce que ce serait renoncer au formalisme dans les rapports internationaux (cela paraît aussi difficile ici qu'ailleurs).

Il reste que, dans sa portée actuelle, la règle *locus regit actum* montre combien la frontière est finalement fragile entre le procédé indirect qu'est la règle de conflit de lois et le droit matériel ; comment en réalité, il est facile de passer presque insensiblement de l'un à l'autre.

(150) *Loc. cit.*, fasc. 551, B, § 9.

(151) En effet, M. Malaurie ne va pas jusqu'au bout du raisonnement (*loc. cit.*, n° 16) : « On pourrait en énoncer le contenu actuel de la manière suivante : un « acte juridique doit suivre les formes prescrites par la loi du lieu où il a été « passé ou à laquelle il est rattaché... ».

(152) *Supra*, n° 248.

250. — On sait en effet que dans la conception classique du règlement des conflits de lois ce sont deux stades absolument distincts du raisonnement que de se demander : *primo*, quel est le droit applicable ; *secundo*, quelle est sa teneur. Ces deux questions doivent être résolues successivement et indépendamment (153). Dans la perspective du droit des conflits classique, par conséquent, rien n'est plus critiquable que de désigner la loi compétente en se fondant sur sa teneur : c'est mettre la charrue avant les bœufs ; il faut au contraire découvrir un critère rationnel permettant d'abord de localiser la forme dans l'un des systèmes en présence, puis d'en appliquer les dispositions.

Il en a sans doute été ainsi lorsque l'alternative ne connaissait que deux branches. Maintenant qu'elle en comporte trois, il suffit, pour éviter la nullité, de satisfaire aux dispositions de forme de l'une quelconque des lois désignées : on est à la limite du droit matériel, parce que la règle de conflit n'a plus sa rigueur habituelle et considère globalement les lois en présence. Elles forment ainsi un tout dont on n'applique, à proprement parler, aucune partie, puisqu'il suffit que l'opération litigieuse satisfasse à n'importe laquelle de ces parties (154). Il n'y a pas une très grande distance à franchir avant d'appliquer purement et simplement la règle matérielle suivant laquelle il ne faut plus de nullités de forme...

251. — Ainsi, l'étude de la règle *locus regit actum* fait ressortir deux choses :

(153) On est donc en droit d'affirmer qu'une chose est le caractère facultatif de la règle *locus*... et tout autre chose le caractère impératif de la législation interne rendue compétente par l'exercice de la faculté portée dans la règle de conflit. Dans cette perspective, doit être considérée comme erronée dans la mesure où elle confond ces deux caractères, l'affirmation d'un plaideur reproduite dans l'arrêt d'Aix du 10 juillet 1947 (*Revue*, 1948, p. 93, note Batiffol) : « ... qu'ils prétendent que c'est à la loi du pays où le testament a été rédigé « qu'il appartient de définir les règles qu'elle réglemente (*sic*) ; que d'ailleurs « la règle *locus regit actum* est impérative lorsqu'elle ... se réfère à des formalités « imposées dans l'intérêt de la bonne administration de la justice ou dans « l'intérêt des tiers, et qui, à ce titre, revêtent un caractère d'ordre public « international... ». Pourtant cette confusion paraît l'indice de l'aspiration du droit des conflits vers un droit matériel à quoi, dans cette formule maladroite, le rappel de la notion — d'ailleurs mal comprise — de l'ordre public fait curieusement allusion.

(154) On trouve un raisonnement analogue en matière de filiation, lorsque l'élément de rattachement change entre la naissance et l'action en recherche : la loi applicable est alors « la plus favorable » de celle de la nationalité ancienne et de celle de la nationalité nouvelle. Voir Foyer, *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, Paris, 1964. Rappr. les pétitions de principe qui figurent dans de nombreuses décisions. Ainsi par exemple, le Tribunal de Montpellier, le 18 mars 1920 (*Revue*, 1921, p. 79), soumet la validité du mariage d'un Espagnol avec une Française divorcée à la loi espagnole au motif que la femme est devenue Espagnole par l'effet du mariage ... De même, le Tribunal de Grenoble, par jugement du 7 mai 1958 (*Gaz. Pal.*, 13 août 1958), soumet la nullité du mariage de personnes de nationalités différentes à la loi du domicile commun, prise en tant que loi des effets du mariage...

Tout d'abord, et contrairement à ce qui s'observe en matière de fond, il existe dans notre droit une certaine incompatibilité entre cette règle et la notion même de nullité.

Mais ensuite, et dans la mesure de cette incompatibilité, la règle de conflit est comme abâtardie : elle tend à se fondre en une règle matérielle, qui serait évidemment une règle du for. Là aussi on notera une différence avec les tendances qui jouent sous la loi d'autonomie : le droit matériel auquel aspire le « milieu » international est, en matière de fond, un droit vraiment international, non un *jus gentium* au sens romain.

252. — Telle est la seule réserve qui puisse être formulée à l'encontre du rattachement des nullités aux lois qui régissent l'acte. Il reste à préciser le domaine exact de ces lois.

CHAPITRE II

LE DOMAINE DE LA LOI APPLICABLE

253. — La loi qui régit l'acte est la source de la nullité : elle donne la mesure de l'irrégularité, puisque les dispositions violées lui appartiennent ; elle définit aussi l'étendue de la réaction. Elle va donc régir les conditions de mise en œuvre de la nullité comme ses conséquences, et nous devons nous placer successivement à ces deux points de vue pour déterminer son domaine.

Il se trouve que le droit de critique est, le plus souvent, mis en œuvre par une action. Cette action pose des problèmes de fond et des problèmes de procédure : il faut donc opérer un délicat partage entre ce qui relève de la loi de l'acte et ce qui dépend de la *lex fori* (Section I).

Quant aux conséquences du droit de critique, elles sont particulièrement sensibles à l'influence de l'idée d'inexistence qui continue de hanter la jurisprudence. Le résultat de cette influence s'observe aussi bien au regard des effets immédiats de la nullité que des suites plus lointaines qu'elle comporte (Section II).

254. — Mais l'incidence la plus grave de l'idée d'inexistence est le refus par certains arrêts et la majorité des auteurs, de reconnaître ici la compétence de la loi des effets de l'acte, prise en tant que telle — c'est-à-dire lorsqu'elle est différente de celle qui pose la condition violée. En raison de l'étendue des discussions que cette difficulté soulève, on lui consacrera le chapitre suivant. Nous raisonnerons donc provisoirement sur l'hypothèse la plus simple, celle dans laquelle la loi de la situation violée et la loi des effets de l'acte relèvent d'un seul et même système.

En effet, la plupart des décisions de jurisprudence n'ont pas eu à trancher le délicat problème d'une répartition entre deux lois des différents aspects du régime de la nullité. Il en est ainsi par exemple pour la violation des conditions de fond du mariage de personnes de même nationalité, comme dans l'*affaire Lambrino* (1) ; ou bien il s'agit de la validité d'un contrat sur l'état des personnes et la

(1) Seine, 6 mars 1957, *Clunet*, 1957, p. 744 ; Paris, 16 décembre 1959, *Gaz. Pal.*, 1960.1.116 ; D., 1961, p. 239, note Cornu ; Civ., 8 janvier 1963, *Revue* 1963, 109, note G.H. ; *Clunet*, 1963, p. 1032, note Ponsard.

question ressortit seulement à la loi de la personne en cause (2) ; ou encore, le problème ne sort pas des limites de la loi d'autonomie(3).

Nous examinerons les problèmes soulevés par des circonstances plus complexes dans le chapitre suivant, même s'il nous arrive d'utiliser ici les arrêts rendus en réalité dans de telles circonstances : c'est que leur portée dépasse le cadre du problème particulier que nous écartons provisoirement.

De toutes façons, il ne faut pas se dissimuler qu'il y a en réalité non pas une, mais plusieurs « lois de l'acte » — et que c'est par une simplification quelque peu arbitraire que nous les ramenons d'abord à l'unité.

SECTION I

LA MISE EN ŒUVRE DE LA NULLITÉ

255. — Si la notion de droit de critique cadre parfaitement avec la compétence de la loi du fond, celle d'action en nullité fait penser à la loi du for.

La notion de nullité n'y est pour rien : nous avons pu écarter sur ce plan la compétence de la *lex fori* (4). C'est en réalité l'idée d'action en justice qui évoque la loi immédiatement applicable à la procédure Nous croyons ce réflexe erroné : l'action dépend de la loi du fond, parce qu'elle est indissociable du droit qui la fonde, même si certains droits en sont exceptionnellement démunis.

256. — Pouvoir légal de saisir la justice, l'action est, en effet, la sanction finale du droit subjectif (6).

Sans doute faut-il l'en distinguer : elle est seulement l'une des voies qui permettent de faire valoir le droit, à côté des exceptions, des voies d'exécution, des recours grâcieux et éventuellement, des autres actions sanctionnant le même droit (7) ; elle a une vie propre, des conditions propres : droit et action ont parfois des titulaires différents, ainsi qu'il arrive en matière d'incapacité ; l'action n'a pas le

(2) Seine, 5 février 1953, *Revue*, 1953, p. 553.

(3) Civ., 11 juillet 1928, *Clunet*, 1931, p. 389 ; Civ., 17 juin 1958, *Revue*, 1958, p. 704.

(4) *Supra*, nos 198 et s.

(5) Et cela sur un plan très général ; cf. PILLET, *Principes de droit international privé*, t. I, p. 353, et H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de compétence*, Paris, 1965, nos 149 et s.

(6) SOLUS et PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, p. 94 et s.

(7) C'est le cumul d'actions. Voir SOLUS et PERROT, *op. cit.*, n° 102 : « ... Ainsi, « en matière de vente, lorsque l'acheteur ne paie pas le prix, le vendeur peut « agir en justice pour demander soit la condamnation de l'acheteur à l'exécution « de ses obligations, soit la résolution du contrat accompagnée d'une condam- « nation à des dommages intérêts. Or, ce cumul d'actions prouve qu'un même « droit (en l'espèce la créance du prix) peut donner naissance à des actions « ayant des objets différents ».

même objet que le droit (8), et ce dernier peut survivre à l'action prescrite ou paralysée — il arrive même qu'un droit ne soit jamais muni d'action.

Tout cela ne saurait empêcher que l'action soit étroitement modelée sur le droit qui la fonde : elle n'a d'autre raison d'être que lui.

257. — Aussi, dans les hypothèses où le droit se distingue de l'action qui l'accompagne, l'un et l'autre sont-ils régis par la même loi : l'action du représentant légal est soumise à la loi personnelle de l'incapable (9) ; l'action directe de la victime dépend de la loi du délit (10) ; l'action oblique est régie par la loi de la créance, et si l'on hésite en matière d'action paulienne entre la loi de l'acte attaqué et celle de la créance protégée (11), c'est que l'on cherche à localiser le droit qu'elle prolonge. Est-il issu de la créance ou est-ce le droit de critique dirigé contre l'acte frauduleux (12) ? La démarche est identique en matière d'action directe de la victime : il s'agit de savoir si l'action se fonde sur le droit à réparation né du délit, ou sur une obligation contractuelle.

258. — Mais si la distinction de l'action et du droit dont elle est l'expression n'importe pas sur le plan de la loi applicable à l'une et à l'autre, il en va autrement de la distinction entre l'action et la demande en justice qui engage le processus de l'instance : la répartition des matières entre loi du fond et loi de procédure correspond à cette distinction de l'action proprement dite et de ses conséquences juridictionnelles.

Ainsi, la loi du for régit tout ce qui concerne la compétence, le déroulement de l'instance et son aboutissement, c'est-à-dire le jugement et les voies de recours (§ 1).

La loi de l'acte règle les conditions de mise en œuvre de l'action ; elle en détermine les titulaires, les délais de prescription, les causes d'extinction par confirmation ou renonciation (§ 2).

§ 1. — Compétence et procédure.

259. — Ici, comme en tout autre domaine, la compétence des tribunaux français relève de notre *lex fori*. La nullité de l'acte qui fait l'objet du procès ne modifie pas ces données.

(8) Dabin, *Le droit subjectif*, Chapitre II, p. 101.

(9) Civ., 13 juin 1893, D.P., 1894.1.169 ; Req., 29 décembre 1896, *Clunet*, 1897, p. 555 ; Civ., 29 juillet 1901, *Clunet*, 1901, p. 971 ; Civ., 2 juin 1908, S., 1911.1.385 ; Civ., 13 avril 1932, *Revue*, 1932, p. 549 ; Civ., 19 mai 1958, *Revue*, 1958, p. 700 ; Civ., 13 juin 1960, *Revue*, 1961, p. 541.

(10) Req., 24 février 1936, D.P., 1936.1.49 ; Civ., 25 juin 1945, *Revue*, 1946, p. 254 ; Civ., 13 juillet 1948, *Revue*, 1949, p. 95.

(11) Batiffol, *Traité*, n° 541 ; *Contrats*, n^{os} 462 et s.

(12) Nous penchons pour cette deuxième hypothèse.

Pourtant une difficulté a pu s'élever en matière de mariage : le caractère particulier des règles relatives à sa formation et leur sanction, a fait douter de la justesse du principe que nous venons d'énoncer. On s'est demandé si les dispositions portées en ce domaine par certaines lois étrangères, ne s'opposent pas à la saisine d'un tribunal français (A).

D'autre part, quelque incertitude existe quant au régime des clauses de prorogation de compétence juridictionnelle, voire des clauses d'arbitrage. Contrairement à ce qui se passe pour les actes juridiques ordinaires, la compétence ne concerne pas la sanction, mais constitue l'objet de cette sorte de convention : elle dépendra de leur validité. On doit dès lors se demander quel est le rôle de la *lex fori* dans la nullité qui risque de les frapper (B).

A. — *Les nullités de mariage.*

260. — En matière de mariage il arrive à la loi personnelle d'inclure dans sa définition du fond la procédure de l'annulation. Le problème se pose alors dans les mêmes termes que celui du divorce : pour certaines législations, le caractère sacramentel du mariage impose le caractère religieux des autorités appelées à en prononcer la dissolution ou l'annulation (13).

On a pu soutenir que, dans ces conditions, la loi du for devait s'incliner et déclarer ses tribunaux incompétents, une raison de fond s'opposant à ce qu'ils puissent connaître d'une affaire réservée à un aréopage ecclésiastique. L'*arrêt Levinçon* (14), rendu dans une affaire de divorce, trouve ainsi son équivalent, en matière de nullité, avec deux décisions du Tribunal de Casablanca datées des 18 et 21 janvier 1950 (15).

S'agissant d'époux espagnols mariés religieusement en Espagne, les tribunaux du protectorat sont jugés incompétents parce que « dans la mesure où les parties sont toutes étrangères, (ils)... doivent « appliquer le statut personnel des intéressés dans l'esprit même où « le feraient les juges naturels de ces derniers ;... ils ne peuvent dès « lors connaître d'une instance en relâchement des liens religieux « unissant deux époux mariés *more canonico* pour la solution de « laquelle les juridictions civiles espagnoles devraient se déclarer

(13) En Espagne, voir l'article 80 du Code civil de 1889 ; en Italie, voir l'article 34 du Concordat du 11 février 1929 et l'article 82 du Code civil : « le mariage célébré devant un Ministre du culte catholique est régi par le Concordat... », Arminjon, Nolde et Wolf, *op. cit.*, T. I, n° 132.

(14) Civ., 29 mai 1905, D.P., 1095.1.353 ; S., 1906.1.161, note Pillet ; *Revue*, 1905, p. 518 ; *Clunet*, 1905, p. 1006. Il s'agissait du divorce de deux Israélites russes. Suivant la loi mosaïque un tel divorce suppose, sinon le jugement d'un véritable tribunal ecclésiastique, du moins l'intervention d'un rabbin. Cette exigence religieuse, consacrée par la législation russe, a paru suffisante pour que la Chambre civile déclare incompétents les tribunaux français...

(15) Trib. Civ. de Casablanca, 18 et 21 janvier 1950, D., 1952.311, note Carteret.

« incompétentes au profit des tribunaux écclésiastiques... ». Il en va de même pour le mariage de deux Italiens.

261. — Mais cette solution s'explique par les particularités du droit des pays de Protectorat. Le Tribunal de Casablanca indique dans ses deux jugements que les juridictions françaises du Maroc sont héritières des juridictions consulaires. Elle ne « sauraient ... « avoir ...une compétence plus étendue que celle des juridictions « nationales dont elles tiennent lieu... ». C'est ainsi que l'article 394 du dahir de procédure civile dispose que « les procédures concernant « l'état des personnes... ne sont applicables aux étangers que dans « la mesure où elles sont conciliables avec le statut personnel des « parties... » (16).

Dans ces conditions, la solution reste propre au droit du protectorat. Elle ne doit, pas plus que celle de l'*arrêt Levinçon*, être retenue en France depuis que des décisions récentes ont rattaché à la loi du Juge saisi la procédure du divorce (17), et à celle du lieu de célébration les formalités du mariage (18). C'est que notre conception laïque du mariage imprègne ici la qualification procédurale des formalités de dissolution ou d'annulation. Cette qualification prévaut nécessairement à l'encontre des qualifications de la loi personnelle étrangère (19).

On peut donc affirmer que les tribunaux français ne sont pas incompétents *ratione materiae* pour prononcer la nullité que la loi étrangère réserve à une juridiction écclésiastique. Celui d'entre eux que les règles françaises de compétence territoriale désignent en connaîtra valablement (20).

Inversement, on devra admettre l'effet en France des décisions rendues par le tribunal étranger compétent, fût-ce une juridiction écclésiastique (21) : le même principe qui donne compétence aux tribunaux français désigne le juge étranger.

(16) Voir Jambu-Merlin, « Histoire des conflits de lois au Levant et en Afrique du Nord », *Revue*, 1958, p. 21.

(17) Paris, 9 janvier 1943, D.C., 1944.56 ; Seine, 11 décembre 1959, *Revue*, 1960.222, note Batiffol, et implicitement, Civ., 25 février 1947, *Ghattas*, *Revue*, 1947, p. 445, note Niboyet.

(18) Civ., 22 juin 1955, D., 1956.73, note Chavrier ; *Revue*, 1955, p. 723, note Batiffol. Rappr. Seine, 26 juin 1912, *Revue*, 1913, p. 134 ; 27 mai 1913, *Revue*, 1913, p. 857 ; 20 novembre 1912, *Clunet*, 1922, p. 135 ; 10 décembre 1918, *Revue*, p. 120. *Contra* ; Seine, 28 avril 1906, *Revue*, 1906, p. 751 ; 25 novembre 1907 *Revue*, 1908, p. 242.

(19) Cf. Bartin, *Principes*, t. I, paragraphe 169, p. 415 et s. On remarquera d'ailleurs que cette qualification n'est celle de la règle de conflit que dans la mesure où elle exclut la loi étrangère : la règle qui donne compétence au tribunal français n'est pas une règle de conflit, elle s'applique immédiatement...

(20) Voir Batiffol, *Traité*, n° 686. Ces règles sont l'extrapolation des règles de droit interne.

(21) Civ., 9 mai 1900, S. 1901.1.85 ; *Clunet*, 1900, p. 613, *de Wrède*. Il s'agit de russes orthodoxes, dont le mariage avait été annulé par le Saint Synode. On remarquera que dans cette espèce la compétence générale des tribunaux russes paraît appréciée par analogie avec les règles de nos articles 14 et 15 du Code civil. C'est l'attitude normale de la jurisprudence française (Cf.

262. — On rapprochera de ces difficultés un problème soulevé par Niboyet (22) et qui n'a guère eu d'écho (23) : les tribunaux français seraient incompétents pour annuler le mariage célébré à l'étranger parce qu'il s'agit de l'acte d'une autorité publique. Seule l'autorité administrative étrangère hiérarchiquement supérieure peut annuler cet acte. Le tribunal français n'a pas ce pouvoir ; il peut seulement dire que le mariage est « inopposable en France ». D'ailleurs son jugement d'annulation n'aurait aucun effet à l'étranger.

L'argument est séduisant. Pourtant nous croyons pouvoir y répondre suffisamment en disant que, dans la mesure où les règles du droit public étranger sont mêlées aux règles du droit privé, il n'y a pas à les en distinguer (24). Ainsi les règles d'application immédiate étrangères sont-elles compétentes à nos yeux, en vertu des règles de conflit, et par voie de conséquence sur la base des qualifications que ces règles comportent (25). Le problème se pose donc dans les mêmes termes que lorsque la loi personnelle englobe la juridiction dans les questions de fond : la loi régissant la célébration du mariage s'attribue la procédure d'annulation que notre règle de conflit en détache (26).

D'ailleurs, la nuance qui sépare ici nullité et inopposabilité est bien subtile ... Cette pudeur à l'égard de la loi étrangère revient à nier qu'il y ait un véritable ajustement des dispositions étrangères et de celles du for. Nous croyons au contraire que la loi étrangère, adaptée sur la loi du for, forme avec elle un tout organique, un système *ad hoc* (27) ... Elle est ainsi réellement appliquée, et non pas seulement invoquée : elle crée des situations ; elle marie et elle divorce. On ne voit pas pourquoi elle n'annulerait pas.

Enfin, l'inefficacité de la décision française à l'étranger n'est pas certaine. Serait-elle inévitable que cela n'est pas plus choquant ici qu'ailleurs : la nullité du mariage « étranger » que les tribunaux français sont compétents pour examiner, intéresse assez l'ordre juridique français pour qu'il ne fasse pas passer les impératifs de l'ordre juridique étranger avant les siens propres ...

Batiffol, *Traité*, n° 719) : Le Saint Synode a « statué en toute compétence entre deux... sujets russes... ». La même loi régit donc la compétence spéciale du tribunal écclésiastique et le fond du droit. Ainsi ses qualifications différentes des nôtres sont-elles admissibles comme appartenant à la loi compétente sur l'ensemble du problème, bien qu'à deux titres différents.

(22) *Traité*, t. VI, n° 1579, p. 23.

(23) Voir cependant l'un des arguments de l'appelant à propos de la validité d'un acte de naissance italien dans l'arrêt d'Aix du 16 juillet 1947, *Revue*, 1948, p. 93, note Batiffol.

(24) Batiffol, « Le domaine du règlement des conflits de lois », *Cours de l'institut des Hautes Etudes internationales*, 1962-1963, p. 86 et s. Rappr. Katiscic, « Le droit international privé », Id., 1963-1964, p. 34, n° 28.

(25) *Supra*, n° 191.

(26) ... et que la règle de compétence du for s'attribue ; *supra*, n° 261.

(27) Cf. *supra*, n° 165.

B. — *Les clauses de juridiction.*

263. — Mais la volonté des justiciables peut, dans certaines limites, influencer directement la compétence des tribunaux. Les clauses de choix de la juridiction sont plus fréquentes encore que les clauses sur la loi applicable (28). L'accord des parties qui détermine le tribunal est donc une convention, mais son objet juridictionnel en fait un acte de procédure au sens large du terme (29). On se demande lequel de ces deux caractères, conventionnel ou procédural, doit l'emporter sur l'autre au point de vue de la loi applicable à ses conditions de validité, à ses effets, à la sanction de ses irrégularités. En particulier, quelle est, de la loi d'autonomie (30) ou de la loi du for, celle qui régit la nullité des clauses de juridiction ?

Lorsqu'il s'agit de déterminer la compétence d'une juridiction, il semble que le caractère procédural de son objet doit entraîner nécessairement le rattachement de la convention à la loi du for (31).

264. — Le tribunal saisi du litige appréciera donc d'après sa propre loi la validité de la clause.

Il semble que l'on retrouve ici la soumission des actes juridiques à la loi qui régit leur objet (32).

Mais en réalité, il n'y a pas matière à conflit de lois : les règles du for s'appliquent immédiatement, et le tribunal ne doit pas avoir à en consulter d'autres lorsqu'il détermine sa compétence. La question de savoir si la loi d'autonomie pourrait être considérée nous semble donc ne pas se poser ... Dans ces conditions, si le tribunal saisi est celui à qui la clause dénie compétence, il ne pourra se dessaisir si la loi du for l'annule ; et inversement, si ce tribunal est celui que désigne la clause, il ne retiendra cette attribution que dans la mesure où la même loi l'y autorise.

265. — On fait remarquer cependant que, dans le même temps où la convention donne compétence à une juridiction donnée, elle la refuse à une autre juridiction. Ce sont deux conséquences indissociables (33). Or, appliquer exclusivement la loi du tribunal saisi revient à les séparer arbitrairement en donnant prééminence à l'une sur l'autre.

Il y aurait ainsi de graves inconvénients à ce que le tribunal saisi en vertu de la clause, la déclarant nulle, renvoie les parties

(28) Elles présentent une égale importance : le droit des conflits n'est-il pas celui du tribunal saisi ?

(29) Hélène Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, nos 52 et s.

(30) Voir H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, nos 83 et s.

(31) Voir H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, nos 111 et s.

(32) *Supra*, nos 219 et s.

(33) Rappr. l'effet comparable de la convention d'arbitrage. Cf. Fouchard, *L'arbitrage international commercial*, no 203.

à se pourvoir devant le tribunal à qui compétence est refusée mais qui, la déclarant valable, les abandonnerait à leur sort... Il serait à peine préférable d'autre part que le tribunal saisi accepte la compétence en vertu de la clause que, pourtant, la loi du for répudié déclare nulle.

266. — Ces considérations mènent Mme Gaudemet-Tallon à préconiser l'application cumulative des deux lois mises en cause (34) : ce ne serait pas une solution idéale ; seulement la moins mauvaise... Nous ne partageons pas cette opinion : ainsi que le fait remarquer Mme Gaudemet-Tallon, appliquer cumulativement les deux lois revient à choisir systématiquement la plus restrictive (35). La solution est praticable, à la rigueur, dans l'hypothèse où la clause est nulle du côté où elle dénie compétence. Mais le problème du déni de justice reste entier lorsque la loi du tribunal annule la prorogation considérée comme valable par le for répudié...

D'ailleurs, l'application cumulative, n'est pas seulement une solution contestable en matière de conflits de lois (36) : elle nous semble déplacée en matière de juridiction, où les lois n'entrent pas véritablement en conflit : il s'agit à notre sens de l'application immédiate des règles du for. On ne peut donc améliorer le droit positif qu'en ayant recours à des règles de droit international privé matériel dont ce serait ici le domaine par excellence.

On pourrait ainsi recourir à des traités, ou encore modifier les dispositions de la *lex fori* pour qu'elles considèrent la loi du for étranger comme une condition de leur application, comme un fait (37).

267. — Mais si les problèmes posés par la nullité des clauses de prorogation se posent clairement en termes de conflits de juridiction, il s'en faut de beaucoup qu'il en soit de même en matière de convention d'arbitrage (38) : lorsqu'il faut déterminer « l'arbitrabilité » du litige, on peut hésiter sur la loi compétente (39). Appliquera-t-on les nullités de la *lex fori*, ou celles de la loi d'autonomie ?

Comme la clause de prorogation, en effet, la convention d'arbi-

(34) *Op. cit.*, nos 176 et s.

(35) Rappr. Batiffol, *Traité*, no 388.

(36) Voir *supra*, no 224, en particulier note 79.

(37) On pourrait dire, par exemple, que, malgré la nullité de la clause attribuant compétence aux tribunaux français, ceux-ci devront connaître du litige lorsque la preuve est rapportée que le tribunal étranger, normalement compétent ne peut en connaître. Cette formule a permis pendant longtemps — et dans un tout autre domaine — de tourner le principe qui écartait depuis le siècle dernier les étrangers du prétoire français... Voir Batiffol, *Traité*, no 685, p. 772 et décisions citées ; Batiffol et Francescakis, *Rep. Dalloz de procédure civile*, Compétence internationale, no 92.

(38) C'est-à-dire de compromis et de clause compromissoire.

(39) Ph. Fouchard, *L'arbitrage international commercial*, no 203.

trage a le caractère d'un contrat dont l'objet est juridictionnel ; comme la clause de prorogation, la convention d'arbitrage a deux effets concomittants : attribuant à une juridiction privée la compétence qu'elle dénie à un tribunal étatique.

Mais par cet aspect de justice « privée », le caractère conventionnel de l'arbitrage l'emporte nettement sur l'aspect processuel, à l'inverse de ce qui se passe pour la simple clause de prorogation. La jurisprudence française (40) et les conventions internationales (41) s'accordent sur ce point. Elles posent, en ce domaine, des règles de conflit véritables, en vertu desquelles la loi d'autonomie régit en principe la convention arbitrale. Elle en détermine les conditions de fonds (42) et en règle les effets, tant sur le plan de la procédure et du droit appliqué par l'arbitre, que sur celui de la sentence elle-même qui, selon les propres termes de la Cour de cassation, « fait « corps avec le compromis et participe de son caractère conven- « tionnel » (43).

268. — Dans ces conditions, la question de savoir dans quelle mesure un litige est susceptible d'arbitrage touche à l'objet du contrat. C'est donc à la loi d'autonomie qu'il revient de poser les conditions relatives à cet objet (44).

Mais l'examen du droit français de l'arbitrage permet de préciser la portée de ce principe. En effet, la compétence de la loi d'autonomie n'est pas douteuse, s'agissant de déterminer les « causes ... qui « concernent l'ordre public », visées par le paragraphe 1 de l'article 83 du Code de procédure civile auquel renvoie l'article 1004 du même Code. On peut raisonner ici comme en matière de contrat : les dispositions impératives que les parties doivent respecter nécessairement sont celles de la loi d'autonomie (45).

Mais une difficulté s'élève en ce qui concerne les matières visées par l'article 1004, lorsqu'elles touchent au droit des personnes.

(40) Req., 8 décembre 1914, D.P., 1916.I.194 ; Req., 9 juillet 1928, D.P., 1928.I.173 ; Civ., 29 février 1930 et 27 janvier 1931, S., 1933.I.41 ; Req., 27 juillet 1937, D.P., 1938.I.25 ; Civ., 14 juin 1960, *Revue*, 1960, p. 393, note Francescakis.

(41) Genève, 29 septembre 1923, 26 septembre 1927, 21 avril 1961, New York 1958.

(42) L'arrêt du 7 mai 1963 (Ch. Civ., 1re, *Gosset*, D., 1963.545, note J. Robert ; *J.C.P.*, 1963.II.13405, note B. Goldman ; *Revue*, 1963, p. 615, note Motulsky) apporte une innovation remarquable : contrairement à sa position en droit interne, la Cour de cassation affirme l'existence d'une règle propre aux rapports internationaux qui dissocie la convention d'arbitrage du contrat cadre, tellement que la nullité du premier ne réagit pas sur le second, sauf « circonstances exceptionnelles... » ; Voir *supra*, n° 184 et note 75.

(43) Req., 27 juillet 1937, S., 1938.I.25.

(44) Fouchard, *op. cit.*, nos 181 et s.

(45) On notera que l'arrêt de la Cour de Paris du 10 avril 1957 (*Revue*, 1958, p. 120, note Loussouarn ; *Clunet*, 1958, p. 1002, note Goldman ; *J.C.P.*, 1957.II. 10078, note Motulsky) qui affirme la capacité de l'Etat pour compromettre (cf. la suite de l'art. 83, § 1 C. pr. civ.)semble résoudre le problème de cette façon.

La loi d'autonomie a peu de titres pour s'appliquer ici. Ce sera normalement le domaine de la loi personnelle sur l'application de laquelle les parties compromettent. Là encore, l'exemple des autres contrats peut être précieux : les conventions sur l'état des personnes ne sont-elles pas soumises à la loi personnelle (46) ?

Le principe est donc plus général que celui que nous venons d'énoncer. Il faut dire que l'arbitrabilité du litige dépend de la loi appliquée à l'arbitrage. Ce sera en principe la loi d'autonomie. Mais là où l'autonomie existe au sein des règles internes de la loi désignée par un rattachement différent — loi personnelle, successorale ou délictuelle — l'arbitrabilité du litige dépend de cette dernière (47).

259. — On peut cependant se demander si un tel principe suffit lorsque le droit positif manifeste une tendance marquée à soumettre l'arbitrabilité du litige à la loi du for, qui est finalement celle du juge saisi de l'exécution de la sentence. C'est donc cette loi qui définit les causes et les effets d'une nullité de la convention pour laquelle la loi française prévoit la procédure spéciale d'opposition à ordonnance d'exéquatur, dans l'article 1028 du Code de procédure civile. M. Fouchard, qui préconise la compétence exclusive de la loi d'autonomie, rapporte ces tendances en indiquant qu'elles font appliquer les deux lois cumulativement (48).

La solution, qui paraît ainsi positive, ne se heurte pas aux mêmes objections de principe que dans le domaine des simples clauses de prorogation : c'est que nous sommes, au moins en partie, dans le domaine des conflits de lois. Cependant, outre les inconvénients habituels du cumul, il paraît contraire à une saine qualification des conditions de fond de l'arbitrage, en lui attribuant un caractère exagérément processuel (49).

C. — *Le Déroulement de l'instance.*

270. — Tels sont les principaux problèmes posés par la détermination du tribunal compétent sur l'action en nullité.

Le déroulement de l'instance — échange des actes de procédure, administration des preuves, incidents, voies de recours — ne paraît pas soulever de difficultés particulières aux nullités.

(46) *Supra*, n° 228.

(47) Cf. Klein, « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Revue*, 1958, p. 255, en particulier p. 270.

(48) Cf. Fouchard, *op. cit.*, n° 197 ; rappr. H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.* n° 116.

(49) A notre avis, le caractère juridictionnel de l'arbitrage ne peut être facteur de « progrès » qu'à la condition de s'inscrire dans un cadre matériellement international (v. *supra*, n° 240) ; tant que ce cadre n'existe pas, que l'arbitrage dépend du droit des conflits, c'est son aspect contractuel qui lui permet d'échapper, dans la mesure permise par ce droit, à l'emprise de tel ou tel cadre national qui lui convient mal...

On notera toutefois que le caractère juridictionnel de l'arbitrage, passé au second plan en matière de compétence et de procédure proprement dite, manifeste une vigueur nouvelle sur celui des voies de recours : les sentences régies par la loi française sont seules susceptibles d'appel. Ainsi les moyens de nullité dirigés contre les sentences étrangères n'ont d'autre voie que l'action en opposition de l'article 1028 (50).

On remarquera d'autre part que, s'agissant des nullités de forme en matière de mariage, les pouvoirs d'appréciation que la jurisprudence reconnaît au juge français en se fondant sur les termes de l'article 193 du Code civil (51) ne lui sont pas reconnus lorsqu'il fait application d'une loi étrangère (52). En effet, la règle concerne moins l'office du juge que la portée de la nullité de forme. Il s'agit donc d'une question de « fond »...

Mais c'est dans la détermination des conditions de l'action que la loi de l'acte trouve son principal terrain d'application.

§ 2. — Les conditions de l'action.

271. — Le principe de la nullité — c'est-à-dire l'ouverture du droit de critiquer l'irrégularité — est au premier rang de ces conditions. C'est une étape de raison dans le processus de mise en œuvre de la réaction. Aussi ne songerait-on pas à s'y attarder si la notion d'inexistence ne venait la mettre en relief.

En effet, la même idée qui porte à supprimer l'action en nullité du droit interne (53) aboutit, en droit international, à mutiler le champ d'application de la loi qui annule : on la consultera sur le principe de la nullité ; mais là se borne sa compétence ; elle ne s'applique plus lorsqu'il s'agit des conditions de cette nullité.

272. — Un exemple illustrera facilement cette démarche : deux étrangers, valablement mariés selon leur loi nationale commune, sont séparés de fait ; le mari, émigré en France, s'y « remarie » avec une Française et sa première femme l'assigne en nullité pour bigamie. La loi compétente est évidemment la loi personnelle du mari, applicable, en ce qui le concerne, à la validité du second mariage, et régissant d'ailleurs la première union : cette loi a été

(50) Civ., 3 novembre 1960, *Bull.*, I, n° 466, p. 382, refuse l'appel dirigé contre la sentence étrangère. Paris, 27 mars 1962, *Revue*, 1962, p. 522, admet la voie de l'opposition et de la tierce opposition.

(51) Cf. pour la clandestinité du mariage la jurisprudence relative aux violations de l'article 170 du Code civil : Civ., 15 juin 1887, D.P., 1888.1.412 ; Civ., 13 février 1961, D., 1961.349. Pour l'incompétence de l'officier d'état civil : Crim., 18 février 1942, D.A., 1942.83.

(52) Cf. Ponsard, « Le Mariage », *Jurisclasseur de Droit international*, Fasc. 546.C, n° 50.

(53) *Supra*, n° 54 *in fine*.

violée dans la mesure où elle interdit la bigamie. Nous dirons qu'elle doit définir les conditions et le régime de la nullité...

Il faut cependant constater qu'un arrêt de la Cour de Douai, du 28 mars 1928 (54), décide que le second mariage est tellement nul au regard de la loi personnelle du mari, que cette loi est incompétente pour en régir la nullité.

En l'espèce, le bigame était grec, et s'était remarié civilement. Aux yeux de la Cour de Douai, l'inexistence du second mariage selon la loi grecque tenait davantage au caractère civil de la célébration (55), qu'à l'antériorité d'une union régulière non dissoute... De toute façon, l'arrêt refuse d'appliquer la loi grecque à la nullité : il lui demande seulement le principe de cette nullité. Pour tout le reste, il se rabat sur la loi française, et sa rédaction un peu confuse ne permet pas de connaître exactement le titre de sa compétence.

A notre avis, la position la plus rationnelle serait d'y voir une manifestation de la compétence subsidiaire de la loi du for, qui vient suppléer aux défaillances de la loi étrangère (56). On rejoindrait ainsi la conception que nous avons critiquée plus haut (57).

Mais il semble qu'en l'espèce l'arrêt ait surtout considéré que selon la loi française le second mariage « revêt ... tous les rites « extérieurs d'un mariage régulier, exposant notamment aux « pénalités de l'article 340 du Code pénal... » (58). Cette particularité

(54) *Clunet*, 1929, p. 400 ; *Mégarès*. précité.

(55) On remarquera que l'arrêt soumet ainsi à la loi du fond une question que la jurisprudence postérieure a définitivement classée dans le domaine des formes. Cf. Civ., 22 juin 1955, *Revue*, 1955, p. 723, note Batiffol ; D., 1956.73, note Chavrier : Rappr. Paris, 9 janvier 1943, D.C., 1944.56, note Basdevant ; S., 1943.2.29, note Niboyet. *J.C.P.*, 1943.II.2176, note Bartin.

(56) Batiffol, *Traité*, n° 349.

(57) n^{os} 203 et s.

(58) Si l'on fait abstraction de l'allusion au droit pénal, dont l'influence sur le rattachement d'une question purement civile pose un intéressant problème, il est curieux de rapprocher cette solution de celle suggérée par l'arrêt de la Chambre civile du 25 février 1947, *Ghattas c. Touchet* (*Revue*, 1947, p. 445, note Niboyet : Rappr. Toulouse, 14 décembre 1943, *Revue*, 1947, p. 110, note Niboyet).

L'arrêt *Ghattas* énonce en substance que les effets d'un mariage nul selon la loi étrangère normalement compétente, mais valable selon la loi française du lieu de célébration, sont soumis à la loi française. On peut voir là une application de l'idée selon laquelle la loi française devient compétente en cas d'échec de la règle de conflit : l'absurdité du résultat obtenu par l'ajustement incohérent des lois étrangères équivaut à l'incompatibilité qui fonde l'exception d'ordre public (en effet, si l'on évite de recourir à cette exception, les époux *Ghattas* sont mariés à nos yeux suivant une loi libanaise qui, en réalité, les considère comme concubins... Le problème peut d'ailleurs être plus complexe : qu'arriverait-il si le mariage était valable, non aux yeux du droit français, mais d'un droit étranger, belge par exemple... ?). Mais, dans l'affaire *Mégarès*, le mariage est nul selon les deux lois. Seulement, si l'on accepte la logique de l'arrêt, tandis que la loi grecque le considère comme « inexistant », la loi française le déclare simplement « nul » : il existe suffisamment, par exemple, pour déclencher les foudres du droit pénal... Cette moindre invalidité joue ici le rôle de la validité dans le raisonnement de l'arrêt *Ghattas*.

n'ajoute rien au paradoxe d'un raisonnement dont nous allons retrouver d'autres exemples (59).

273. — Il reste que lorsque les tribunaux n'ont pas éprouvé le besoin de voir une inexistence dans les moyens de nullité qui leur étaient soumis, ils ont reconnu la compétence de la loi violée, non seulement quant au principe de la nullité, mais encore quant à ses conditions de mise en œuvre. Ces conditions concernent essentiellement les titulaires de l'action (A), le délai de prescription (B) et la question de savoir si l'acte atteint de nullité se confirme (C).

A. — *Les titulaires de l'action.*

274. — La qualité pour agir se confond avec l'attribution de l'action. Il s'agit manifestement d'une question de fond (60). On a d'ailleurs pu constater qu'en droit interne un rapport étroit existe entre la gravité de l'irrégularité et l'étendue du cercle des titulaires de l'action ; l'étude de ces derniers montre clairement les degrés de la notion d'ordre public interne (61).

Ainsi, la détermination des titulaires de l'action est un élément essentiel dans l'économie du droit de critique. Elle ne saurait relever d'une autre loi que celle qui organise ce droit : la loi qui porte la condition violée définit les personnes qui peuvent invoquer en justice cette violation pour faire annuler l'acte.

La jurisprudence a donc refusé l'action en nullité ouverte par la loi française aux personnes à qui cette loi ne l'accorde pas. C'est ainsi, s'agissant d'époux français, que les collatéraux n'ont pu faire valoir les moyens de nullité dirigés contre des mariages célébrés à l'étranger, dans des cas où le Code civil leur refuse l'action (62).

Elle a fait de même en appliquant les lois étrangères. En particulier, l'action en nullité d'une reconnaissance d'enfant naturel régie par la loi italienne a été refusée au frère naturel à qui le droit italien la refuse (63).

(59) *Infra*, nos 292 et s. et surtout chapitre III.

(60) Voir Bartin, *Principes*, t. I, p. 445 : « La qualité nécessaire pour agir « n'est au fond que la condition à laquelle est subordonnée la sanction du droit « pour la personne qui veut agir, et la sanction du droit n'est autre chose que « le droit lui-même envisagé dans son expression judiciaire. Faire dépendre ce « droit d'une loi déterminée, c'est en faire dépendre la sanction qui le traduit « et, par là même, la détermination des personnes pour lesquelles cette sanction « est faite. Si on conçoit que le fond du droit puisse se détacher des formes « de procédure que la loi qui le crée a organisé pour lui chez elle, on ne saurait « en dire autant des personnes à qui elle a confié le soin d'en assurer l'observation »

(61) *Supra*, nos 104 et s.

(62) Req., 5 novembre 1839, D.P., 1839.1.369 ; Civ., 18 août 1841, D.P., 1841.1.337 ; Montpellier, 25 avril 1844, D.P., 1845.2.326 ; Bourges, 17 février 1845, D.P., 1846.2.337 ; Seine, 11 juin 1929, *Clunet*, 1930, p. 974.

(63) Civ., 17 janvier 1899, D.P., 1899.1.329. Rappr. Seine, 4 avril 1951, *Revue*, 1953, p. 587, note Batiffol ; *J.C.P.*, 1953.II.7408, note J. Maury.

275. — Mais on rencontre une difficulté considérable lorsque la loi range le ministère public parmi les titulaires de l'action.

Dans la conception française de l'organisation judiciaire, le ministère public est partie intégrante du tribunal qui est l'émanation de la souveraineté nationale. Il ne saurait donc exercer ses fonctions qu'en vertu de la loi française qui les définit. Ce principe ne rencontre aucune difficulté tant que le ministère public agit comme partie jointe — ou dans le cadre d'une juridiction gracieuse qui reste liée à l'application territoriale de la loi française. Mais il doit se comporter en partie principale dans certaines hypothèses de juridiction contentieuse.

Il intervient ainsi au même titre que les parties et parfois à leur place, dans l'exercice d'un droit normalement régi par la loi du fond. Il devient alors un élément de l'économie du rapport juridique régi par cette loi (64) et sa soumission à la *lex fori* est beaucoup moins évidente...

Sans doute, lorsque la loi du fond est, par hasard, française, n'y a-t-il aucune difficulté pratique : le rôle du ministère public est le même qu'en un procès de droit interne. Mais le problème de principe n'en subsiste pas moins ; il faut le résoudre lorsque la loi du fond est étrangère, et trancher ainsi une question qui ne paraît pas avoir occupé souvent les tribunaux (65). Il faut d'ailleurs distinguer plusieurs hypothèses.

276. — Tout d'abord, la loi étrangère du fond peut prévoir l'action du ministère public dans des conditions voisines de celles de la loi française. La majorité des auteurs s'accordent dans ce cas : il n'y aurait pas d'obstacle à l'action du magistrat français demandée par la loi étrangère et permise par la *lex fori* (66).

Par contre, si la loi étrangère prévoit cette action dans des conditions inconnues du for, la qualité du magistrat partie intégrante de la juridiction française, mène à refuser au ministère public le droit de se porter partie principale. Si, en effet, les autorités publiques peuvent et doivent prêter leur concours aux étrangers dans les cas prévus par la loi étrangère, elles ne peuvent en principe sortir du rôle que leur assigne la *lex fori* (67).

277. — Enfin, l'incertitude est grande lorsque, la loi étrangère ignorant l'institution du ministère public, ou lui refusant l'action, la loi française la lui donne. Il faut alors déterminer si ce pouvoir relève plutôt de la procédure que du fond.

(64) Cf. en matière de mariage l'imbrication du rôle du ministère public dans les dispositions de fond : art. 184, 190, 191 du Code civil.

(65) Nous ne connaissons qu'une espèce : Chambéry, 7 février 1885, D.P., 1885.2.241, *Clunet*, 1888, p. 797.

(66) Voir Bartin, *Principes*, t. I, p. 177 ; Niboyet, *Traité*, V, 1488 ; t. VI, 1590 ; Travers, *Les conventions de La Haye*, t. II, n° 703.

(67) Ce principe s'est essentiellement dégagé à propos de l'exercice de la juridiction gracieuse : cf. Batiffol, *Traité*, n° 499. Rappr. l'application de la loi française — fond et procédure — au titre de l'urgence...

La jurisprudence est maigre : l'unique décision (68) que nous connaissions donne compétence à la loi du for. En l'espèce, la nullité absolue d'un mariage était définie par la loi sarde — c'est-à-dire le droit Canon — qui ignore le rôle du ministère public. Il a pu intervenir cependant devant le tribunal français dont il faisait partie : c'était soumettre le problème à la *lex fori*, en faire par conséquent une question de procédure.

Ainsi, la position qui domine à l'heure actuelle fait dépendre de la loi du for le droit d'action du ministère public et ceci à tous égards : ce magistrat agira dans les conditions de la loi française, même si une loi étrangère régit le fond du droit, que cette loi organise son action dans des conditions voisines ou différentes des nôtres, ou qu'elle l'ignore.

278. — On trouve cependant chez Bartin une formule qui prête à réflexion et nous incite à restreindre la portée de la solution communément admise, sans en contester le fondement.

Bartin écrit en effet (69) que « l'action indépendante du minis-« tère public (repose sur) ... des raisons d'ordre public ». Voilà qui rappelle les formules de la jurisprudence interne. On sait que l'action du ministère public prend sa source dans l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de la Justice. Dans son paragraphe premier, ce texte précise que « le ministère public agit « d'office dans les cas spécifiés par la loi » (70), tandis que le paragraphe second dispose qu'il « poursuit d'office cette exécution dans « les dispositions qui intéressent l'ordre public », c'est-à-dire, selon la jurisprudence, hors de toute habilitation textuelle, là « où l'ordre « public est principalement et directement intéressé » (71) ; certaines décisions ajoutent d'ailleurs : « à l'occasion de faits qui y « portent une grave atteinte sans léser aucun intérêt rival » (72).

279. — Dès lors, on peut se demander dans quelle mesure l'ordre public peut être directement et principalement intéressé lorsque la loi française n'est pas en cause ? Il ne s'agit pas, bien évidemment, de l'exception d'ordre public international, non plus que de la notion d'ordre public interne qui rend une disposition de la loi

(68) Chambéry, 7 février 1885, précité.

(69) *Loc. cit.*, p. 446 *in fine*.

(70) C'est ainsi que le ministère public peut attaquer la validité d'un mariage dans les cas prévus par les articles 184, 186, 190, 191 du Code civil ; poursuivre la nullité de brevets d'invention (loi du 5 juill. 1844, art. 36) ; faire dissoudre un syndicat ou une association irrégulièrement constitués (loi du 1er juill. 1901, art. 3, 7 et 17).

(71) Civ., 24 décembre 1901 (2 arrêts), D.P., 1902.1.361 ; Civ., 17 décembre 1913, D.P., 1914.1.261 ; Civ., 30 novembre 1920, D.P., 1921.1.177 ; Civ., 9 janvier et 15 décembre 1924, D.P., 1926.1.160 ; Req., 4 novembre 1946, S., 1947. I.43 ; Civ., 10 juin 1953, D., 1953.612.

(72) Voir en particulier Civ., 29 mars 1955, D., 1955.429.

(73) C'est l'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil...

supérieure à toute convention des parties (73). Il s'agit, pour reprendre les termes de la Cour de cassation, « de l'organisation politique, « sociale, économique et morale d'un pays, telle que le législateur « l'a conçue » (74).

Il nous paraît certain que cet ordre public n'intervient pas lorsque le fond du litige est soumis à une loi étrangère : il ne peut s'agir que de l'organisation voulue par le législateur étranger et le ministère public français n'a pas à s'en faire le gardien. Il agira seulement pour préserver l'organisation voulue par le législateur français, ce qui suppose que la loi française régit le fond du droit. On voit mal en effet quelles circonstances pourraient faire de la violation d'une loi étrangère la source d'un tel trouble dans notre ordre juridique.

La position ainsi obtenue est donc assez restrictive : le ministère public ne sera partie principale en vertu de la loi française du for que dans les hypothèses où cette même loi régit le fond du droit. C'est en ce sens, croyons-nous, que le problème relève exclusivement de la loi de procédure. Il touche également au fond du droit, ainsi que le montre l'analyse du droit interne, mais de telle façon que l'intervention du magistrat est liée à celle de la loi du for sur les matières de fond.

B. — *Les délais de prescription.*

280. — La détermination de ses titulaires n'est que l'un des éléments du régime de l'action. La loi qui régit cette action en enferme l'exercice dans des limites de temps qui sont un autre facteur essentiel de ce régime : nous avons pu voir, dans notre Première partie, combien la longueur du délai de prescription est liée à l'aménagement du conflit des intérêts opposés de la nullité et de la validité ; la prescription acquise consacre le triomphe de ces derniers, l'extinction de l'action et, par conséquent la paralysie du droit de critique

La soumission de la prescription de l'action en nullité à la loi qui régit l'acte nul s'impose donc, et cependant la solution qui paraît acquise à l'heure actuelle ne l'a pas été sans hésitation.

281. — Sans doute la jurisprudence française n'a-t-elle jamais ouvertement tenté de ramener la prescription au rang des règles de procédure qui dépendent de la *lex fori* (75). Cette position reste

(74) Req., 4 novembre 1946, précité.

(75) On peut se demander si le vieil arrêt précité de la Cour de Chambéry (7 févr. 1885, D.P., 1885.2.241) ne porte pas la trace de cette tendance. La nullité du mariage selon la loi sarde résultait d'une « affinité illégitime » entre l'époux et la mère de l'épouse — cause inconnue du droit français. La Cour, après avoir avancé « que ... dans la loi sarde, cette affinité constituait un empê- « chement dirimant, viciant le mariage *ab initio* », ajoute « qu'aux yeux de la « loi française elle-même, toute action basée sur une cause ayant ce caractère « est imprescriptible... ». Mais il faut plutôt voir dans ces motifs une application de la loi du fond : la loi française régissait en effet le mariage litigieux depuis l'annexion. Le véritable problème, né d'un conflit mobile, serait donc la répar-

propre aux droits anglo-saxons, fidèles à une conception extensive de la catégorie « procédure » (76).

Bartin n'en a pas moins enseigné que si les délais spéciaux, inférieurs à trente ans — et, en particulier, celui de l'article 1304 — sont un facteur d'aménagement des droits subjectifs, le délai de droit commun de l'article 2262 procédait d'une considération indépendante des solutions de fond. Ce délai de trente ans manifeste essentiellement la nécessité de mettre un terme au procés. Le fondement de la prescription trentenaire, c'est que la chicane ne doit pas s'éterniser. Par là, pour l'éminent auteur, cette prescription appartient à la procédure et relève de la *lex fori*. Les autres prescriptions, par contre, relèvent tout naturellement de la loi du fond (77).

282. — C'est prendre un effet pour sa cause : la nécessité de mettre un terme aux procès, d'ailleurs simplement éventuels, n'est que la conséquence, sur le plan procédural, de la paralysie du droit par l'extinction de l'action. Seules des raisons de fond interviennent à ce dernier niveau, puisqu'il y va de l'existence même des droits subjectifs, et non des formes de leur mise en œuvre devant les tribunaux. Ainsi, l'écoulement du temps consolide un état de fait ; il entraîne la disparition du droit que contredit cet état de fait et, par là même, il consacre éventuellement un droit nouveau (78). Que l'on se place au niveau du résultat de la prescription (paralysie puis création du droit) ou au niveau du moyen par lequel ce résultat est atteint (extinction de l'action), c'est toujours la loi du fond qui paraît compétente.

283. — Sur le plan substantiel pourtant, la jurisprudence n'a pas admis cette compétence sans un curieux détour. Ses arrêts les plus anciens rattachent la prescription extinctive d'une obligation au domicile du débiteur, en invoquant son caractère protecteur pour ce dernier (79).

tition des compétences entre les deux lois qui régissent le fond du litige, loi sarde des conditions, loi française des effets. C'est la question à laquelle nous consacrons le chapitre III.

(76) Voir KAHN-FREUND, *The growth of internationalism in English private internationa Law*, Jerusalem, 1960 (compte rendu de Mlle Gaudemet, *Revue*, 1961, p. 255).

(77) BARTIN, *Principes*, t. I, § 172-173, p. 429 et s. Dans ce système, la prescription de trente ans suit, dans le domaine des droits réels, le sort des courtes prescriptions : c'est qu'elle est alors inspirée par des nécessités de fond. On notera qu'une considération propre au droit des contrats vient renforcer Bartin dans son opinion. Pour lui, l'autonomie de la volonté du droit international prolonge exactement celle du droit interne : son domaine reste circonscrit dans les limites des règles facultatives de ce droit interne (v. p. 436 et 438 et § 75). Or soumettre la prescription des obligations nées du contrat à la loi du fond permettrait aux parties de tourner des règles impératives en choisissant la loi applicable...

(78) Voir *supra*, nos 121 et s.

(79) Civ., 13 janvier 1869, D.P., 1869.1.135 ; Cass., 28 juillet 1884, D.P. 1885.1.300 ; Cass., 9 janvier 1934, D.P., 1934.1.22 ; *Revue*, 1937, p. 175 ; Civ., 1er juillet 1936, *Revue*, 1937, p. 175.

Outre le peu de fondement d'une telle idée, qui donne à l'intérêt du débiteur une prépondérance injustifiée (80), l'incertitude qu'elle entraîne dans les relations juridiques est un inconvénient majeur : la loi applicable est à la merci des changements imprévisibles du domicile du débiteur...

On pourrait tenter de la justifier d'un point de vue purement doctrinal, en y vouant l'indice d'une localisation autonome de la créance détachée de l'acte qui l'a fait naître. Un arrêt de la Chambre civile, du 31 janvier 1950 (81), vint emporter cette justification en renforçant la notion de protection du débiteur : la Cour déclarait que, si la loi du fond du contrat est plus favorable, le débiteur peut l'invoquer. Mais ainsi, par le même mouvement qui lui faisait tirer les conséquences extrêmes du principe discutable de la protection du débiteur, la Cour de cassation introduisait une position plus rationnelle qu'elle paraît avoir adoptée maintenant : la loi du fond est compétente.

Son arrêt du 29 mars 1960 (82) soumet purement et simplement à cette dernière loi une prescription extinctive de 15 ans édictée par le droit marocain régissant le contrat litigieux (83). On rapprochera de cette décision celles rendues par le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris en matière de responsabilité délictuelle (84). Le dernier arrêt, celui du 13 mars 1963, déclare en effet « que le délai « de prescription est un élément indissociable de la loi applicable « au fond du droit, et non une loi de procédure ».

Par conséquent, il semble que l'évolution soit terminée : approuvée par la doctrine (85), la jurisprudence a fini par soumettre sans détour la prescription extinctive des obligations à la loi qui régit au fond l'acte — ou le fait — qui leur donne naissance (86).

284. — Il se trouve que cette solution n'a jamais fait l'objet d'hésitation en matière de nullités.

Il est vrai que dans ce domaine la notion de protection du débiteur est particulièrement difficile à manier. S'agit-il du débiteur de l'obligation ? Dans ce cas, il a intérêt à la nullité, et la prescription de l'action lui nuit certainement. S'agit-il de celui à qui la prescription

(80) On a pu remarquer en effet que dans la plupart des cas ce débiteur était français, domicilié en France, face à un créancier étranger ; on revenait ainsi à appliquer la loi du for...

(81) *Revue*, 1950, p. 415, note Batiffol.

(82) *Revue*, 1960, p. 202, note Batiffol.

(83) Voir déjà, en matière d'action directe de la victime d'un accident : Civ., 25 juin 1945, *Revue*, 1946, p. 251.

(84) Seine, 5 mars 1960, *Revue*, 1960, p. 192 ; Paris, 1er juillet 1959, *Revue* 1960, p. 192 et 13 mars 1963, *Revue*, 1963, p. 547, note Bourel.

(85) Batiffol, *Traité*, n° 615 ; notes *Revue*, 1950, p. 415 et *Revue*, 1960, p. 202 ; Bourel, note *Revue*, 1963, p. 547.

(86) Voir cependant, Trib. Périgueux, 10 mars 1964, *Clunet*, 1965, p. 404, obs. B. G. qui maintient ouverte l'option pour la loi plus favorable du domicile du débiteur.

profite ? C'est le « débiteur » du droit de critique, c'est-a-dire le créancier de l'obligation substantielle...

La jurisprudence ne s'est pas lancée dans ce marécage parce qu'ignorant la notion de droit de critique, elle ne paraît pas avoir vu l'identité qui existe entre la prescription de l'action fondée sur l'obligation et celle de l'action en nullité. Elle n'a vu dans cette dernière qu'un aménagement de la nullité, ce qui est juste, mais sous forme d'un « tempérament » au principe de l'anéantissement rétroactif ce qui est plus discutable (87). C'est donc tout naturellement qu'elle a soumis la prescrition de l'action en nullité à la loi de l'acte nul, sans se rendre compte qu'elle anticipait sur la position qui est devenue la sienne en matière substantielle.

285. — Ainsi, l'arrêt de la Chambre civile du 11 juillet 1928 (88) soumet la prescription de l'action en rescision pour lésion dans un partage de société à la loi du partage. Le 25 juin 1957 (89), la même Chambre applique la prescription de la loi nationale italienne à l'action en nullité pour incapacité fondée sur cette loi. C'est enfin la solution qu'ont successivement adoptée le Tribunal de la Seine, la Cour de Paris et la Cour de cassation (90) saisis de la nullité pour incapacité du contrat de mariage de Mme Patino. La Chambre civile déclare dans son arrêt du 15 mai 1963 que « la mise en œuvre « de la nullité encourue ... et notamment la prescription de l'action « destinée à la faire valoir, forment avec l'incapacité originaire et « sa sanction un ensemble indisssociable... »

En confirmant une jurisprudence qui s'accorde si bien avec celle qui vient de prévaloir sur le plan substantiel (91), cette affirmation solennelle ne laisse subsister aucun doute : la loi du fond, régissant à la fois le droit de critique et l'action qui sanctionne ce droit sur le plan judiciaire, détermine aussi les conditions de prescription de cette action. On admettra d'autre part que l'exception

(87) Voir les motifs de Seine, 17 octobre 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9688. « La loi « sous l'empire de laquelle un contrat a été passé peut seule déterminer le régime « de la nullité et les causes qui sont susceptibles de (la) faire disparaître... ».

(88) *Clunet*, 1931, p. 389.

(89) *Revue*, 1957, p. 680, note Batiffol.

(90) Seine, 17 octobre 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9688, note Bellet ; Paris, 1er juillet 1959, D., 1959.456, note Malaurie ; *J.C.P.*, 1959.II.11214, conclusions Combaldieu ; *Clunet*, 1960, p. 428, note Ponsart ; Civ., 15 mai 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13366, note Motulsky ; *Clunet*, 1963, p. 996, note Malaurie ; *Revue*, 1964, p. 506, note P. Lagarde. On rapprochera des termes employés par ces décisions récentes ceux dont use Boulenois à propos de l'exception velléienne à la suite du passage que nous avons cité plus haut (n° 207) : « ... Il faut user « de cette exception ainsi et de la manière que la loi du domicile la donne ... la loi « qui nous donne une faculté, un bénéfice, une exception, étant maîtresse d'y « apporter telles modifications qu'elle juge à propos ... or à Toulouse et à « Bordeaux la loi accorde à la vérité le bénéfice du Velléien, mais elle restreint « ce bénéfice pour en user dans un certain temps ; il faut donc profiter du temps « prescrit par la loi, autrement la même loi qui donne le bénéfice, l'ôte et le « révoque... ».

(91) Voir *supra*, n° 283.

de nullité qui survit à l'action prescrite ne peut dépendre d'une autre loi : émanation du droit de critique, elle en constitue la sanction au même titre que l'action ; elle vise les mêmes fins ; on ne peut l'en séparer.

C. — La confirmation.

286. — La possibilité de confirmer l'acte nul est le dernier élément d'organisation de la nullité.

Traditionnellement, la confirmation est la réparation du vice qui affecte objectivement l'acte-organisme ; une lacune engendre la nullité ; en confirmant, on la comble, et la mise en œuvre judiciaire du droit de critique est ainsi paralysée (92).

Nous savons ce qu'il faut penser d'une telle conception. On notera qu'elle entraîne pourtant, en droit international, un rattachement de la confirmation à la loi de la nullité (93) : elle seule peut dire si le vice est réparé...

La conception de la confirmation comme une renonciation au droit de critique conduit au même rattachement : la loi de la nullité régissant le droit de critique, dit dans quelle mesure il est disponible puisqu'il s'agit d'un facteur important de l'aménagement de ce droit (94).

287. — Mais il s'agit alors d'une solution plus souple. En effet, dans la perspective classique, il est question de l'existence de l'irrégularité. Dès lors, la compétence de la loi violée est exclusive. Mais si l'on considère qu'il est question de disposer d'un droit subjectif, il suffit d'appliquer les principes généraux : on dira que la question de savoir si le droit de critique est disponible ou non dépend de la loi de la nullité, tout comme la validité des clauses d'inaliénabilité dépend de la loi de l'immeuble. C'est qu'il s'agit de la substance du droit...

Quant à l'acte par lequel s'exerce la faculté de disposer reconnue par la loi de la nullité, rien n'empêche qu'il relève d'une autre loi, celle d'autonomie, toujours comme en matière d'inaliénabilité ... ainsi l'accord par lequel le titulaire du droit de critique voudrait monnayer la renonciation au moyen de nullité — la confirmation —

(92) Voir *supra*, nos 114 et s.

(93) La solution est implicitement adoptée par l'*arrêt Patinô* du 15 mai 1963 (*Revue*, 1964, p. 506, note Lagarde ; *J.C.P.*, 1963.II.13366, note Motulsky ; *Clunet*, 1963, p. 996, note Malaurie). L'un des moyens invoqués au nom de Patino était en effet la confirmation par Mme Patino de la nullité du contrat de mariage, ainsi que la prescription de cette nullité. La Cour de cassation répond que « les conditions de fond de la mise en œuvre de la nullité encourue, « cette mise en œuvre et, *notamment*, la prescription de l'action destinée à la « faire valoir (forment) avec l'incapacité originaire et sa sanction un ensemble « indissociable, soumis à une loi unique ».

(94) Voir *supra*, nos 114 et s.

serait soumis à la loi « choisie » par les parties (95), sauf sur le point de savoir si le droit est susceptible de disposition, tandis que la capacité et la forme continueraient à relever respectivement de la loi nationale et de la loi locale...

Il va sans dire que la question ne saurait se poser pour les nullités d'actes du droit extra-patrimonial : mariages, testaments, etc... l'objet même de la convention entraîne alors un rattachement impératif (96). On peut d'autre part estimer qu'un tel morcellement n'est pas souhaitable non plus dans le domaine purement patrimonial et que, l'objet du traité étant le droit de critique, il y a lieu au moins de présumer que la loi applicable à ce droit régit aussi la convention qui en dispose...

SECTION II

LES EFFETS DU DROIT DE CRITIQUE

288. — Il faut déterminer si la loi violée, qui définit déjà les conditions de mise en œuvre de la nullité, en régit également l'étendue ; s'il lui appartient de déterminer celles des conséquences de l'acte nul qui sont écartées, et celles qui survivent.

En effet, le droit de critique a pour objet de supprimer les conséquences normales de l'acte frappé de nullité ; mais il ne s'agit pas d'une suppression brutale : le droit de critique est mesuré ; il ne frappe qu'autant qu'il faut pour la remise en ordre ; ainsi, l'anéantissement des effets de l'acte nul, loin d'être le principe, comme le soutient la thèse classique, est au contraire une solution extrême. Souvent, certaines des conséquences de l'acte nul subsistent...

D'ailleurs, la réaction n'est pas seulement la constatation passive de la suppression des effets ; c'est la réorganisation positive d'une situation : on devrait donc parler de modification des conséquences de l'acte plutôt que de leur suppression. C'est ainsi qu'il faudra éventuellement répéter les prestations accomplies sur le fondement d'une obligation nulle ; liquider les biens d'une communauté de fait ; régler le sort des enfants issus d'un couple illégitime...

Il y a donc des conséquences de la nullité, au même titre qu'il y a des conséquences de la validité.

Ces conséquences de la nullité se développent à la fois dans le temps et dans l'espace.

Dans le temps, la réaction est compatible avec une certaine rétroactivité, érigée en principe par la thèse classique. Mais nous savons

(95) Rappr. Batiffol, *Contrats*, p. 380 : « ... l'acte confirmatif ne sera pas « nécessairement soumis à la même loi quant à ses conditions de validité et « ses effets : il s'agit d'un acte nouveau... ».

(96) Voir *supra*, nos 219 et s.

qu'il existe de simples inefficacités pour l'avenir, des nullités-dissolutions...

Dans l'espace, puisque l'essentiel de la réorganisation à laquelle procède la loi violée consiste à déterminer quelles conséquences de l'acte survivent, lesquelles disparaissent, et vis-à-vis de qui certaines d'entre elles subsistent, qui n'ont pas la même portée à l'égard des parties ou de l'une d'elles et à l'égard des tiers...

289. — Il s'agit de la substance de la réaction : ce en vue de quoi les conditions de mise en œuvre de la nullité ont été établies. Un lien comparable à celui qui unit les conditions de validité aux effets de l'acte se retrouve ici, entre les conditions et les effets de la réaction qui le frappe.

Il faut donc que la loi qui définit les conditions et les effets de l'acte régisse aussi bien sa validité que son invalidité. La jurisprudence l'a compris ainsi, au moins dans l'hypothèse d'identité entre la loi de la condition violée et celle des effets où nous sommes provisoirement cantonnés.

Telle est l'impression qui se dégage des formules employées par la Cour suprême. Le principe est énoncé à l'occasion d'un problème particulier, le mariage putatif, mais sa portée est générale. La Cour affirme en effet que « ... la loi ... d'où résulte la nullité ... en régit « les conséquences ... comme les tempéraments... (97) ».

290. — Il reste à dégager le contenu exact de ce principe, les conséquences de la nullité et leurs tempéraments, voilà qui recouvre toute l'organisation du droit de critique. Nous n'aurons aucune peine à retrouver sous ces termes les divers aspects de ce minutieux aménagement d'intérêts en quoi consiste la réaction. Leur répartition entre les différentes catégories de rattachement sera parfois délicate : la nullité, comme la validité, pousse en effet des prolongements plus ou moins directs qui dépassent le cadre d'une seule de ces catégories.

Nous étudierons donc successivement les conséquences immédiates du droit de critique (§ 1) et celles qui sont plus lointaines (§ 2).

Mais il ne faut pas se dissimuler l'arbitraire de la formule jurisprudentielle qui oppose la nullité à ses tempéraments, même lorsqu'il s'agit de soumettre les deux choses à une loi unique. Les tribunaux et la Cour suprême sacrifient ainsi à la conception classique de la nullité : la nullité c'est le vide, et c'est aussi la solution de principe ; les tempéraments sont donc les rares exceptions où le néant fait place à une efficacité limitée. On voit que l'idée d'inexistence exerce ici son influence ; cette influence ne se traduira pas toujours par de simples formules.

(97) Civ., 6 mars 1956, *Revue*, 1956, p. 305, note Francescakis ; *J.C.P.*, 1956. II.9549, note Alex Weill ; D., 1958.709, note Batiffol.

§ 1. — Les conséquences immédiates du droit de critique.

291. — Les effets du droit de critique, où la jurisprudence voit un principe et des tempéraments, réalisent l'aménagement immédiat de la situation illégale, conformément à ses caractéristiques. Ils dépendent par conséquent de la loi qui pose « les conditions de « validité ... d'où découlaient, en raison de sa violation, la nullité ... « comme les tempéraments apportés à cette nullité (98) ».

Mais les thèses qui voient dans la nullité un anéantissement nécessaire n'ont pas manqué d'influer sur les solutions proposées par la doctrine comme sur celles que consacre la jurisprudence. Il en résulte que les tribunaux réagissent différemment lorsque la loi compétente édicte une nullité rigoureuse ou ils voient un anéantissement (A) et lorsqu'elle recourt à une réaction plus nuancée (B).

A. — *La nullité rigoureuse.*

292. — Dans le premier cas, tout se passe comme si l'on devait reprendre à la base le règlement du conflit de lois : la nullité entraîne l'abandon de la règle de conflit dont le jeu a permis de la prononcer ; le juge se rabat sur le droit du for pour y découvrir une règle différente, désignant éventuellement un droit différent.

293. — Nous prendrons notre exemple dans la matière du régime matrimonial.

On sait que la loi française qualifie indifféremment de contractuel le régime légal et celui qui procède d'un contrat véritable ; cependant, le contrat que la loi présume n'est pas rattaché exactement de la même façon que le contrat exprès (99)...

Supposons que ce dernier. soumis par la loi qui le régit au fond, à des conditions qui lui sont propres, encoure une nullité. Il faut alors constater que, dans la perspective de la nullité classique, l'invalidité du contrat de mariage oblige le juge à demander au droit du for la loi applicable au régime légal.

Ainsi, soit un contrat de communauté expressément soumis à la loi espagnole et qui serait annulé pour vice du consentement. La logique des thèses classiques mène à dire qu'il n'y avait pas de contrat.

(98) Civ., 14 juin 1957, D., 1957.557.

(99) Le régime conventionnel est rattaché à la loi d'autonomie comme les contrats ordinaires : Req., 13 décembre 1938, *Revue*, 1939, p. 278 ; Civ., 18 décembre 1951, D., 1952.357. Par contre, le régime légal est déterminé sur la base d'une interprétation purement fictive de la volonté hypothétique des époux ; c'est finalement la localisation des intérêts des époux lors des premiers temps de la vie conjugale qui détermine le rattachement ; le premier domicile conjugal joue un rôle spécialement important dans ce rattachement ; cf. Civ., 22 avril 1958, *Revue*, 1958, p. 347 ; Civ., 27 janvier 1959, *Clunet*, 1959, p. 1146 ; Civ., 14 décembre 1959, *Clunet*, 1961, p. 158 ; Civ., 30 décembre 1959, *Revue*, 1961, p. 326 ; Civ., 7 novembre 1961, *Revue*, 1962, p. 681, etc...

Il faut cependant qu'il y ait eu un régime. Celui-ci, contrat tacite, sera le régime légal du pays que les époux sont sensés avoir choisi en y fixant le premier domicile conjugal. On pourra appliquer dans ces conditions une autre loi que la loi espagnole d'où procède la nullité du contrat, par exemple la loi française...

294. — L'*affaire Patino* illustre un tel retour à la loi du for (100). L'épouse, mineure avait signé son contrat sans habilitation régulière de son père adoptif. Le contrat désignait expressément la séparation de biens de la loi bolivienne, loi nationale du mari, et future loi personnelle des époux. Après avoir prononcé la nullité en vertu de la loi nationale espagnole de la femme mineure (101), la Cour de Paris s'est demandé quelle loi devait en définir les conséquences (102).

Repoussant alors les prétentions de Patino, qui invoquait la loi espagnole d'où procédait la nullité (103), la Cour a raisonné à partir de la règle de conflit française : « ...L'annulation du contrat de « mariage conduit à considérer les époux Patino comme mariés sans « contrat et soumis au régime matrimonial de droit commun ; ... pour « la détermination de ce régime, le jugement entrepris a recherché « la loi à laquelle les futurs époux avaient entendu soumettre le règle- « ment de leurs intérêts matériels... » et la Cour l'en approuve (104).

(100) Paris, 1er juillet 1959, D., 1959.456, note Malaurie ; *J.C.P.*, 1959.II. 11214 ; *Clunet*, 1960, p. 428, note Ponsard.

(101) On doit signaler à ce propos, une disposition curieuse de la loi espagnole : l'article 50 du Code civil, qui ne paraît pas avoir été invoqué en l'espèce. Le droit espagnol consacre en matière de mariage les règles canoniques : l'article 75 du Code de 1889 (modifié puis rétabli par une loi du 12 mars 1938) dispose que les conditions, formes et solennité du mariage sont régies par les constitutions de l'Eglise Catholique et du Concile de Trente « reçues comme loi du royaume ». Or le droit canon ne fait pas du consentement des parents une condition de validité du mariage des mineurs. Le défaut d'habilitation n'est donc pas une cause de nullité du mariage proprement dit que le droit canon rend inattaquable. Mais il est sanctionné par le droit civil sur le plan des effets patrimoniaux. Ainsi lorsqu'un contrat a été passé, il est nul, et un régime de séparation est alors imposé ; s'il n'y a pas de contrat, le même régime de séparation est substitué au régime légal de communauté réduite aux acquêts. L'article 50 du Code dispose en effet que « le mariage sera réputé fait avec une « absolue séparation de biens... ». Dans l'optique du droit espagnol cet article 50 peut être considéré comme établissant une nullité tempérée du mariage. Mais dans l'*affaire Patino* le mariage n'était pas argué de nullité ; il s'agissait seulement de la validité du contrat, et les tribunaux français n'ont pas eu à examiner ce qui pouvait être un intéressant problème de qualification.

(102) Nous reviendrons sur ce point au chapitre suivant. C'est qu'en effet le problème est compliqué d'une circonstance que nous n'entendons pas examiner ici (cf. *supra*, n° 254) : la loi qui définit la condition violée — en l'espèce la loi espagnole — n'est pas celle qui règle les effets du contrat — en l'espèce la loi bolivienne.

(103) Contrairement d'ailleurs à la solution qui nous paraît convenable et que nous défendons plus loin (*infra*, n° 353). Nous pensons en effet que, dans ce genre de problème, la loi qui régit les effets de l'acte — ici la loi bolivienne — devrait régir aussi les conséquences de la nullité.

(104) On remarquera comment, en l'espèce, ce biais conduit à la solution que nous croyons préférable : la définition du régime par la loi du contrat nul. L'arrêt conclut en effet « que, se fondant sur leur manifestation de volonté

295. — Nous estimons que la nullité est ainsi étendue démesurément : elle emporte non seulement les effets du contrat tels que les définit la loi compétente, mais encore la compétence même de cette loi, puisque l'on renonce à la règle de conflit qui la désigne. Si l'on veut bien considérer que la loi ainsi rejetée est précisément celle qui prononce la nullité, on doit convenir qu'il y a pétition de principe (105).

Nous voyons là une exagération attachée au idées classiques. La nullité se voit attribuer une portée quasi métaphysique : ce n'est plus l'une des formes de la réaction édictée par la loi compétente pour définir les conditions de validité, c'est l'inexistence qui s'impose par elle-même, en vertu de la seule raison. Ainsi tombée du ciel, elle peut tout balayer, y compris la compétence du droit qui édicte la nullité et que l'on déclare n'avoir plus aucun fondement.

296. — Au contraire, si l'on restitue à la réaction sa portée véritable, il faut dire que la loi régissant le contrat nul définit elle-même les conséquences de la nullité : le régime légal sera celui qu'elle édicte. L'intérêt de choisir entre ces deux positions est loin d'être théorique si l'on considère la diversité des législations : selon les circonstances d'espèce par exemple, la conséquence de la nullité du contrat suivant la loi de ce contrat, peut être un régime de séparation — tandis que la loi du premier domicile conjugal établit un régime légal de communauté... Il n'est donc pas indifférent de déterminer la portée exacte de la nullité.

Mais, entre l'efficacité complète de l'acte nul et son anéantissement tous les droits positifs connaissent l'infinité des nuances que la jurisprudence baptise « tempéraments » de la nullité : une simple dissolution par exemple, ou le maintien de certaines clauses...

B. — *La nullité tempérée.*

297. — La conception traditionnelle de la nullité inexistence n'a pu empêcher la jurisprudence de rattacher la question de savoir si l'inefficacité est tempérée à la loi qui prononce la nullité. Cette dernière régit les « tempéraments » qu'elle édicte, et c'est à cette occasion que les tribunaux ont proclamé dans ce domaine le même

« exprimée dans le contrat annulé de se placer sous le régime de la loi bolivienne « qui allait devenir leur loi nationale commune (on doit) décider que les époux « étaient mariés sous le régime de la communauté d'acquêts organisée par les « articles 97 et suivants du Code civil bolivien ».

(105) Sans doute refusons-nous le raisonnement présenté par Patino dans la présente espèce (cf. *supra*, note 103). Celui de la Cour, dans la mesure où il consiste à revenir au for prendre une règle de conflit, ne nous en paraît pas moins critiquable pour les raisons exposées dans le texte — et qui nous semblent valoir indépendamment du fait que la nullité résulte d'une loi différente de celle qui régit les effets de l'acte (cf. *infra*, Chap. III). On rapprochera le raisonnement de l'arrêt *Patino* de celui de l'*arrêt Mégarès* (*supra*, n° 272).

principe qu'ils énoncent à propos des conditions de mise en œuvre de la nullité (106). C'est le mariage putatif qui leur a servi en quelque sorte de banc d'essai.

298. — La putativité consiste essentiellement à limiter dans le temps les conséquences de la nullité du mariage (107) : cette nullité équivaut alors à une dissolution anticipée ; on l'a comparée au divorce.

L'abondance de la jurisprudence internationale sur cette question a de quoi surprendre (108). C'est peut-être que les mariages internationaux sont plus nombreux qu'on ne croit ; c'est surtout que les règles sur le mariage sont impératives et que les nullités, qui sanctionnent partout leur violation, traduisent, dans la diversité de leurs caractères, la multiplicité des particularismes nationaux, même entre pays de tradition commune. Chaque Etat réglemente le mariage de façon aussi rigoureuse qu'originale, et l'institution du mariage putatif reflète la variété des législations : certains systèmes l'ignorent ; d'autres ne connaissent pas d'autres formes de nullité ; d'autres enfin, dont la France, en font un cas particulier de cette sanction, subordonnée à des conditions particulières : dans notre droit, c'est la bonne foi. Si elle est commune aux époux, la putativité est complète ; sinon, rappelons-le, elle ne produit ceux de ses effets qui sont divisibles qu'à l'égard de l'époux de bonne foi.

299. — Les tribunaux se sont trouvés en présence de lois étrangères du mariage qui ignorent la putativité ou qui, la connaissant, la réglementent différemment ; ils ont ainsi affronté le problème du rattachement des conséquences d'une nullité qui, pourtant, si l'on en croit les conceptions reçues, ne pouvait en avoir que de négatives.

Ils ont commencé par voir dans le mariage putatif un tempérament de pure équité opposé aux rigueurs du droit strict : la nullité, selon le droit, c'est le néant ; il faut en quelque sorte renier le droit pour que ce soit autre chose. Les auteurs en ont conclu que le juge français ne peut demander une telle faveur qu'à la loi française, censée exprimer la plus parfaite équité (109).

S'agissant d'ailleurs d'une solution qui n'est pas purement juridique, on ne saurait en consulter une autre, car on ne voit pas *a priori* laquelle...

Dans la mesure où elle tendait à appliquer la loi du for, la jurisprudence la plus ancienne était donc approuvée (110).

(106) Douai, 28 mars 1928 ; Seine, 17 octobre 1956 ; Paris, 1er juillet 1959 ; Civ., 15 mai 1963, précités.

(107) Voir *supra*, nos 143 et s.

(108) Cf. Francescakis, note sous Civ., 6 mars 1956, *Revue*, 1956, p. 305.

(109) Cf. Fiore, *Clunet*, 1887, p. 160 ; Perroud, *Clunet*, 1913, p. 1229 ; Lous-souarn, note *Revue*, 1950, p. 483. Rappr. Francescakis, note *Revue*, 1956, p. 305 ; Batiffol, note D., 1958.709.

(110) Rappr. *supra*, nos 201 et 202.

300. — Mais on s'est aperçu rapidement que les prémisses du raisonnement étaient fausses. La putativité n'est pas un tempérament d'équité, mais s'explique tout simplement par le jeu des principes juridiques en matière de réaction (111). La solution n'emprunte pas au droit naturel plus que n'importe quelle autre...

Dans ces conditions, le rattachement à la loi du for est bien artificiel. La vocation du droit français ne repose plus sur l'équité toute nue, mais seulement sur l'idée qu'il s'agit éventuellement d'un droit plus favorable, et l'on sait l'équivoque d'une telle idée. Outre qu'il est délicat de préciser d'entre deux lois aux réglementations complexes quelle est la plus « favorable » (112), il n'est pas sûr que la loi française puisse être regardée comme telle, face aux législations pour qui le mariage putatif est la seule forme de nullité. En réalité, la loi française marque une simple étape entre ces dernières et celles qui ignorent la putativité. C'est une réponse, parmi bien d'autres, à un problème purement juridique.

Enfin, dans la mesure où la vocation du droit du for reste fondée sur une certaine notion de l'équité qu'exprime la solution française, ce n'est qu'après confrontation avec la solution du droit étranger : nous sommes ramenés à l'exception d'ordre public. En effet on ne peut soutenir qu'existe en cette matière une qualité de la *lex fori* qui entraînerait son application immédiate (113). Le recours à la notion d'ordre public à travers quoi s'expriment éventuellement les conceptions fondamentales de la *lex fori* suppose par conséquent l'existence d'une règle de conflit. Il ne dispense pas de chercher la loi applicable, puisqu'il manifeste l'impossibilité de coordonner des législations normalement compétentes... (114).

301. — On a donc cherché à déterminer cette loi en analysant la putativité et l'on est ainsi arrivé à la loi du fond, celle qui régit le mariage.

Encore n'est-ce pas d'un seul coup. A la suite de Bartin, une partie de la doctrine a vu l'élément déterminant dans la condition de bonne foi imposée par le droit français. Pour Bartin (115), la bonne foi est la source de la putativité. C'est donc la loi personnelle de l'époux de bonne foi qu'il convient d'appliquer et M. le Doyen Savatier fait sienne cette thèse qu'il relie aux anciennes doctrines : « En principe, un mariage nul n'a pas d'effets. Et si l'on admet une « exception pour le mariage putatif, c'est à titre de faveur person- « nelle pour l'un des deux époux, en considération de sa bonne « foi... » (116).

Outre le rappel de la théorie la plus classique, il y a, dans cette position, une qualification trop étroite du mariage putatif ; c'est

(111) Cf. nos 143 et s.
(112) Cela dépend en particulier des circonstances de l'espèce...
(113) Voir *supra*, nos 184 et s.
(114) Cf. *supra*, no 202.
(115) *Principes*, t. II, § 291, p. 212 en particulier.

ne pas tenir compte en droit international de l'élargissement nécessaire des conceptions du droit interne que permet un approfondissement de l'analyse juridique. M. le Conseiller Holleaux a exprimé admirablement cette nécessité (117) lorsqu'il écrit : « Si ... l'appli-« cation des articles 201 et 202 du Code civil exige bien une certaine « qualité du consentement, cette qualité n'est qu'un des éléments « à partir desquels assurément, mais au-delà desquels, est édifiée « la construction juridique du mariage putatif dont la nature propre « et l'objet qui, seuls, peuvent fonder sa qualification, ne sont « nullement définis par la simple donnée psychologique qui en a été « l'occasion ».

302. — La Cour suprême a reconnu le caractère artificiel du rattachement par la bonne foi. Sa jurisprudence récente place la question dans son cadre véritable, et sa portée va bien au-delà du mariage putatif : « Puisque, en vertu de la putativité, le mariage « déclaré nul produit néanmoins les effets civils au regard des époux « de bonne foi et des enfants ... dès lors, ces effets sont ceux de « la loi ... d'où résulte la nullité du mariage et qui en régit les consé-« quences comme les tempéraments qu'elle y apporte » (118).

C'est donc la loi qui régit l'acte, celle qui définit les conditions de la nullité, qui en régit également les conséquences, c'est-à-dire l'étendue. Posé à propos du mariage putatif, le principe a une valeur générale. Mais, en matière de mariage, il s'impose avec d'autant plus d'évidence que c'est là que la nullité est le plus limitée et que, par conséquent, les effets subsistants sont plus nombreux et plus importants. Il serait d'autant plus artificiel de les soumettre à une autre loi que celle sous l'empire de laquelle ils se sont développés, qui frappe certains d'entre eux et maintient les autres en fonction de la gravité des violations qu'elle a subies.

Cette loi va donc disposer de la dissolution de l'union, obliger les époux à se séparer et régler les conséquences de la séparation. Ainsi met-elle fin à la vocation successorale et doit-elle définir la situation des enfants. Ils seront légitimes ou non selon qu'elle le dispose, et les droits comme les obligations des parents à leur égard seront ceux qu'elle définit (119).

303. — Les sociétés posent des problèmes analogues (120). Ici, comme en matière de mariage, la nullité est rarement l'anéan-

(116) *J.C.P.*, 1950.II.5578.

(117) Note *Revue*, 1949, p. 100.

(118) Civ., 6 mars 1956 précité ; cf. Civ., 14 juin 1957, D., 1957.557 et Civ., 8 janvier 1963, *Revue*, 1963, p. 109, note G. H. ; *Clunet*, 1963, p. 1032, note Ponsard.

(119) Mais nous pensons qu'il revient à la loi du régime matrimonial de dire quelles sont les conséquences de la nullité sur le plan patrimonial. Cf. *infra* § 2, nos 308 et s.

(120) Niboyet fait expressément le rapprochement. *Traité*, t. V, no 1553.

tissement traditionnel. Les tempéraments sont en réalité la règle et le contrat, comme la personne morale qu'il a fait naître, survivent pour les besoins de la liquidation. La nullité n'est, là encore, qu'une simple dissolution.

Aussi devra-t-on soumettre cette question à la loi de la société (121). « Si l'on est en présence d'une société créée en pays « étranger », écrit Niboyet, « il appartient à la loi du pays étranger « qui est qualifié pour décider de la validité de la société aux condi- « tions qu'elle détermine, de lui faire produire cependant, en cas « de nullité, certaines conséquences et de la doter d'une vie partielle « autant que limitée. C'est cette loi qu'il faudra consulter pour « connaître l'étendue de la société de fait, notamment pour savoir « si elle a une personnalité morale de fait, et les conditions de son « fonctionnement, en vue de procéder à sa liquidation d'après les « règles sociales » (122).

Il en sera de même pour une société française : la loi française dira quelles sont les conditions et l'étendue de la survie.

304. — Ce principe ne paraît pas contesté. La doctrine l'approuve et l'on trouve un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 février 1925 (123) pour en faire application à une société suisse.

Pourtant, l'influence des conceptions traditionnelles se fait sentir sous la plume de Niboyet lorsqu'il envisage l'hypothèse où la loi étrangère de la société ignore la théorie des sociétés de fait. Le grand auteur invoque alors une qualification subsidiaire qui se rattache directement à la thèse de l'inexistence : si la société nulle a cependant exercé certaines de ses activités en France, elle constitue un simple fait qui est français et que la loi française doit par conséquent régir (124).

Mais c'est déroger artificiellement à la compétence de la loi du siège social, contredire le principe vigoureusement énoncé quelques lignes plus haut. Nous retrouvons ici la pétition de principe déjà observée à propos du régime matrimonial (125) : la nullité radicale emporte la compétence de la loi même qui la prononce. Ainsi l'anéantissement de la personne morale se voit conférer une valeur en soi, détachée de la loi qui l'édicte. Ce n'est plus l'un des procédés de liquidation que la loi du siège définit, mais l'aboutissement d'un principe de raison, universel et désincarné.

(121) Il ne fait pas de doute que ce soit la loi du siège social. Le critère du contrôle n'est pas retenu lorsqu'il s'agit de régler le « statut personnel » de la société. Il intervient seulement comme une condition restrictive de l'exercice de certains droits par des sociétés qui sont, autrement françaises...

(122) *Traité*, n° 1553. Dans le même sens Loussouarn, « Conflits de loi en matière de sociétés », *Jurisclasseur de droit international*, Fasc. 564 C, nos 333 et s.

(193) S., 1925.I.225.

(124) Inversement, les activités sociales dans chacun des pays tiers constitueront autant de faits, justifiant l'application de la loi de ces pays.

(125) Cf. *supra*, n° 295.

305. — D'ailleurs, les inconvénients pratiques de cette position sont considérables, et relevés par Niboyet lui-même : c'est qu'il faudra appliquer autant de lois différentes qu'il y a de pays où la société nulle a exercé son activité. L'unité de la liquidation est fâcheusement rompue. Sensible à cet inconvénient, Niboyet préconise alors l'application pure et simple de la loi française à l'ensemble des activités sociales.

Ce remède revient à contredire le principe du rattachement du fait social à la loi locale. Il est finalement assez vain, d'autre part, si l'on considère que les Etats tiers n'ont aucune raison d'admettre la compétence française, bien au contraire.

306. — Cependant le raisonnement de Niboyet prend appui sur l'idée qu'il est regrettable qu'une législation ignore ce « tempérament » de la nullité qu'est la société de fait. Ainsi un raisonnement qui s'inspire étroitement de la notion d'inexistence sert-il finalement à promouvoir un principe opposé à cette notion... Il y a là quelque chose de paradoxal. Dans ces conditions, si l'on considère que la survie des sociétés nulles est l'un de ces principes qui s'imposent absolument, on peut se demander s'il ne vaudrait pas mieux invoquer ici la notion d'ordre public international. On dira que cet ordre public s'oppose à l'anéantissement des sociétés imposé par la loi étrangère de leur siège. La vocation de la loi française peut encore être critiquée de ce chef ; elle échappe pourtant au paradoxe énoncé à l'instant (126).

Pour autant que l'on puisse assimiler dissolution et nullité, la jurisprudence concernant les sociétés russes paraît bien inspirée de cette idée. La dissolution prononcée par la loi du siège est valable à nos yeux. Mais la confiscation qui l'accompagne heurte notre ordre public et, par conséquent, les règles de liquidation de la loi russe qui organisent cette confiscation. Plutôt que d'appliquer à leur place des dispositions périmées de la loi russe, les tribunaux appliquent d'instinct la loi française qui se substitue de cette façon à la loi étrangère contraire à l'ordre public français (127).

307. — Ainsi dans la jurisprudence, mariage putatif et société de fait sont les domaines où l'on trouve les indications les plus franches sur le rattachement des conséquences immédiates de la nullité à la loi de l'acte. Mais ces indications sont suffisantes pour que l'on puisse en généraliser la portée.

Toutefois, il faut souligner l'incohérence des décisions — ou des doctrines — qui, sous l'influence de la notion d'inexistence, traitent de façon différente les nullités radicales et les autres, alors qu'il

(126) En ce sens LOUSSOUARN, *op. cit.*, n° 340. Il reste, évidemment que l'émiettement de la liquidation n'est supprimé qu'à notre égard...

(127) Voir sur tous ces points LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, Thèse, Rennes, 1949, n° 239.

s'agit toujours d'une seule et même question, dont les solutions varient suivant les circonstances.

Aussi nous estimons que les principes énoncés à propos des nullités « tempérées », rattachées à la loi de l'acte nul, sont les seuls qui doivent être généralisés et qui le seront sans aucun doute si l'occasion s'en présente.

§ 2. — Les suites lointaines du droit de critique.

308. — Nous considèrerons comme des effets éloignés de la nullité ceux qui posent le problème de leur répartition entre la loi de l'acte et celles qui régissent des faits appartenant à d'autres catégories de rattachement : la nullité peut en effet concerner de tels faits. On s'en aperçoit à propos des transferts de propriété, comme à propos du régime matrimonial qui est suspendu à la validité du mariage...

Mais à côté des conséquences les plus lointaines, qui relèvent sans aucun doute de catégories de rattachement extérieures à celle de l'acte nul, il en est dont on se demande s'il est nécessaire de les soumettre à une loi propre. C'est le cas des restitutions qui suivent l'exécution de l'acte, ou de la filiation naturelle — ou adultérine — que révèle la nullité du mariage. Nous examinerons d'abord ces deux hypothèses, pour les rattacher finalement à la loi de la nullité (A), avant d'examiner celles qui échappent à la compétence de cette loi (B). Nous verrons à ce propos que, là encore, la conception que l'on se fait de la nullité en droit interne influe directement sur la répartition.

A. — *Les suites qui relèvent de la loi de l'acte nul.*

309. — Constater la nullité ne suffit pas. Il reste à organiser la réaction qu'elle entraîne. En particulier, il faut éventuellement répéter les prestations qui ont été effectuées en application du contrat nul : c'est le problème de la restitution des paiements indus.

En droit interne, la question est reliée à la théorie de l'enrichissement sans cause. On dispute seulement si la répétition du paiement effectué en exécution d'une obligation annulée relève du régime de l'article 1235 du Code civil qui exige une erreur du solvens, ou s'il ne s'agit pas tout simplement d'une application des articles 1108, 1131 et 1133 du Code civil, c'est-à-dire des principes valables en matière de nullité, ce qui supprimerait cette exigence (128).

(128) Pour l'application directe des articles 1108, 1131, 1133 du Code civil. Voir Beudant et Lerebourgs-Pigeonnière, t. IX, par Rodière, n° 1721, p. 340. rappr. les observations de M. le professeur Chevallier sous. Civ., 16 juillet 1965, *Rev. dr. Trim. dr. Civ.*, 1966, p. 284, n° 3. *Contra* : la majorité des auteurs et Civ., 6 janvier 1913, D.P., 1913.1.511 ; Voir Loussouarn, « La condition d'erreur du Solvens dans la répétition de l'indu », *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1949, p. 212.

Mais si l'enjeu de la discussion est relativement mince en droit civil, il prend une grande importance en droit international.

310. — Malgré le peu d'indications de la jurisprudence (129), une doctrine unanime rattache en effet l'enrichissement sans cause à la loi du lieu où il se réalise (130). La solution paraît certaine, soit qu'on la fonde en profondeur sur l'équilibre à réaliser entre les droits qui naissent de faits survenus sur le territoire (131), soit que l'on se contente de relever avec Niboyet (132) que « l'obligation de « restitution se rattache nécessairement à un fait matériel dont la « localisation dans l'espace est indiscutable : le paiement... ».

Si donc les restitutions qui suivent l'annulation sont la simple application des principes de l'enrichissement sans cause, on devra les soumettre à la loi locale, et non à la loi de l'acte nul, à la loi de la nullité. Niboyet expose admirablement cette solution (133) : l'existence d'une obligation valable à l'origine du paiement est une question préalable que résout la loi propre de cette obligation. Si sa réponse est négative, les conditions de la restitution relèvent de la loi du lieu de paiement. C'est elle qu'il faudra consulter pour savoir, en particulier, s'il y a des « tempéraments » à la nullité.

Les auteurs interprètent en ce sens l'obscur *arrêt de Graffenried* (134) qui a refusé d'appliquer la loi personnelle d'une femme mariée, incapable en vertu de la législation du Canton de Berne, aux restitutions dont elle se trouvait tenue par suite d'engagements nuls.

La Cour énonce que « l'application des dispositions de loi rela- « tives aux engagements contractés par des incapables, combinées « avec le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, « principe qui trouve sa sanction dans différents articles du Code « civil, et notamment dans l'article 1312 ... est une règle d'équité « qui ne concerne ni l'état ni la capacité des personnes » et « ne « saurait intéresser leur statut personnel » (135).

311. — Cette position est en accord parfait avec la notion classique de nullité-néant. « L'obligation de restitution dépendra de la « loi du lieu de l'exécution et non de celle qui gouvernait le contrat

(129) La seule décision nette semble être le vieil arrêt de la Cour de Grenoble du 6 mars 1886, *Mon. Jur. Lyon*, 21 avril 1896.

(130) Bartin dans Aubry et Rau, paragraphe 578, note 9 ; Niboyet, t. V, n° 1445, p. 195 ; Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international*, 5e éd., n° 253 ; Batiffol, *Traité*, n° 564 et *Contrats*, n° 451.

(131) Batiffol, *Traité*, n° 556.

(132) *Op. cit.*, t. V, p. 192.

(133) *Op. cit.*, t. V, n° 1444.

(134) Civ., 23 février 1891, D.P., 1892.1.29 ; S., 1895.I.78.

(135) L'arrêt est finalement assez équivoque, car s'il applique la loi française, il ne précise pas à quel titre. Est-ce en tant que loi du paiement ou en tant que loi du contrat nul ? Ou bien l'allusion à l'équité couvre-t-elle un recours à l'ordre public ?

« annulé, puisque celui-ci n'a pas d'existence juridique... » écrit M. Batiffol (136). « Le souci de relier le rétablissement de l'équilibre « à l'ensemble dans lequel il s'insère est mieux satisfait par la loi « du lieu où les faits se sont déroulés que par une loi pour laquelle « il ne s'est juridiquement rien passé ».

312. — En réalité, n'est-ce pas méconnaître que l'annulation, c'est-à-dire l'essentiel du problème, s'est en réalité produite sous l'empire de cette loi ?

La réaction n'est pas la constatation du néant, mais un phénomène positif qui s'accomplit dans la restitution des prestations indues. Il s'agit d'un facteur essentiel de la réorganisation qui est la raison d'être de la nullité. Dans ces conditions, l'opinion des auteurs qui considèrent les restitutions comme une application directe de la nullité prend un singulier relief.

Nous pensons avec eux qu'il faut distinguer l'hypothèse — pratiquement assez rare — d'enrichissement sans cause proprement dit, et celle, la plus fréquente du paiement indû d'une obligation nulle. Dans le premier cas, il n'y a pas d'autre loi compétente que celle du lieu où se réalise le déséquilibre de deux patrimoines étrangers l'un à l'autre (137). Mais dans le second, c'est incontestablement la loi de l'acte nul qui doit conserver la compétence (138).

313. — Il se trouve que cette dernière solution a le soutien de Niboyet lorsque la nullité, dictée par la loi de l'acte, n'est pas radicale, mais connaît cet aménagement (139) exceptionnel qui résulte de l'exception d'immoralité.

On peut se demander à vrai dire si cette exception ne relèverait pas plutôt de la *lex fori*. L'hypothèse est examinée par Bartin (140) : un souci de révérence envers les tribunaux empêcherait que l'on puisse agiter devant eux de trop sordides problèmes. Tenant aux caractères des juges, l'exception serait liée à la loi qui institue le tribunal.

Mais on sait que son véritable fondement est ailleurs : les juges ont à sonder des plaies autrement répugnantes que celles qui paraissent la justifier. En réalité, il s'agit d'un aménagement curieux, discutable sans doute, mais certain de la réaction dans le sens d'une

(136) *Traité*, 3e éd., 1959, n° 564, p. 613. — Voir cep. 4e éd., n° 564, p. 613 — n° 601, p. 661.

(137) On devra critiquer, dans cette perspective, l'intéressant arrêt du Tribunal Féféral Suisse du 1er novembre 1952, *Revue*, 1953, p. 401, note Holleaux.

(138) Cf. dans ce sens, Holleaux, note précitée, *Revue*, 1953, p. 401.

(139) On retrouve ici une différence de traitement difficilement acceptable entre la nullité radicale et la nullité tempérée ; Cf. *supra*, nos 291 et s.

(140) *Principes*, t. I, p. 413. Pour une application curieuse de cette idée, voir Paris, 9 février 1966, *Revue*, 1966, p. 264, note P. Louis-Lucas. S'agissant d'un contrat de contrebande d'armes de guerre, déclaré nul en vertu de « l'ordre « public international, tel que celui-ci est revélé » par divers actes du droit international public, la loi française portant la règle *Nemo auditur* ne pourrait s'appliquer qu'à titre de la loi de procédure...

plus grande rigueur. Sa coloration est nettement répressive. C'est un problème de fond : la maxime *Nemo auditur* ... entre dans l'économie du droit de critique. Elle ne saurait dépendre que de la loi qui lui est applicable : celle qui régit l'acte nul. Telle est, en tout cas l'opinion de Niboyet (141).

314. — Il en déduit que, lorsque cette loi institue une exception d'immoralité à l'encontre de la restitution, elle doit continuer à s'appliquer à l'encontre de la loi locale dont il reconnaît, avec la doctrine dominante, la compétence de principe. « La loi, écrit-il, « lorsqu'elle déclare nul un contrat, dispose également du pouvoir « d'indiquer les conséquences de ce contrat nul, soit positives, soit « négatives ... la loi applicable à l'enrichissement sans cause suppose, « dans la conception française, que l'enrichi ne dispose d'aucun « moyen contractuel ou légal pour conserver le bénéfice de son « enrichissement. Or ... toutes les fois que la maxime *Nemo auditur* « intervient on se trouve bien en présence d'une sanction supplé- « mentaire de la nullité du contrat qui relève logiquement de la loi « qui édicte la nullité. Si elle admet l'action en répétition, à la suite « de la nullité du contrat, il n'y a pas lieu de faire appel à la notion « de l'enrichissement sans cause, parce que celle-ci n'est que subsi- « diaire en présence de la lacune, quand elle se manifeste, du contrat « ou de la loi qui régit les rapports des intéressés... ».

On voit bien ce qui empêche l'illustre auteur de présenter cette solution exceptionnelle comme la règle : c'est qu'en vertu de la conception classique de la nullité-inexistence, cette lacune dans la loi est de règle... Ne partageant aucunement cette conception, nous nous croyons autorisés à soutenir que, dans tous les cas, les restitutions relèvent de la loi de l'acte nul : la réaction positive dont la nullité est la source dépend donc à tous égards de la loi qui l'a fait naître.

315. — On rattachera à la même loi le problème posé par l'obligation naturelle qui, dans certains cas survit aux obligations proprement juridiques que la nullité efface. On sait qu'alors la restitution est paralysée par l'idée que le paiement n'est pas indû, qu'il est valable, et constitue d'ailleurs non point une libéralité, mais l'exécution d'une obligation d'ordre moral à l'origine, mais qui naît à la vie civile (142).

L'obligation naturelle n'existe pas seulement à titre de fantôme d'une obligation civile dégénérée. Au contraire, il a fallu déformer quelque peu cette notion pour lui faire jouer un rôle dans le domaine des nullités. Or il paraît raisonnable de soumettre l'obligation naturelle à la loi du lieu où elle s'exécute.

C'est en effet l'exécution qui transforme en matière juridique

(141) *Traité*, t. V, n° 1407, p. 100.
(142) Voir *supra*, n° 120.

un simple devoir moral. C'est donc en particulier la loi du lieu du paiement qui dira s'il est indû (143) : nous retrouvons très logiquement la solution qui vaut pour l'enrichissement sans cause (144).

Mais, lorsqu'il s'agit des suites d'une annulation, les mêmes raisons qui nous font rattacher les restitutions à la loi de la nullité nous portent à lui rattacher également l'obligation naturelle : il s'agit d'un « tempérament » aux restitutions tout comme l'exception d'immoralité (bien que l'inspiration en soit nettement différente...) d'ailleurs, l'analyse du droit interne montre qu'en réalité le problème se confond avec celui de la confirmation (145) : il s'agit ni plus ni moins que de renoncer au droit de critique. C'est donc la loi applicable à ce droit qui doit en régir la disponibilité ...(146)

316. — L'incidence de la nullité du mariage sur la filiation pose un problème du même ordre que celui des restitutions. La légitimité de la filiation résulte en effet du mariage ;elle peut être considérée comme l'une de ses conséquences les plus directes, et la jurisprudence tend à la soumettre à la loi qui régit ces conséquences (147). C'est à juste titre, croyons-nous avec la majorité des auteurs (148). Par contre, la filiation naturelle dépend d'une loi qui lui est propre : celle de l'enfant (149).

La filiation est ainsi partagée en deux rattachements différents, selon qu'elle a ou non le mariage pour théâtre. Faut-il dire que son

(143) Ce sera de même la loi applicable à la promesse, suivant les principe de l'autonomie de la volonté. Cf. Civ., 10 juin 1947, *Revue*, 1948, p. 519, note Batiffol.

(144) Cependant, de même que Niboyet fait de l'obligation préexistante une question préalable, soumise à sa loi propre, on peut se demander si la loi de l'institution à propos de quoi est né le devoir moral qui fait la substance de l'obligation naturelle, n'a pas son mot à dire. Le rapport entre cette loi et le paiement, ou la promesse de paiement, est certainement beaucoup plus réel que celui dont tient compte le Tribunal Féféral Suisse, pour rattacher l'enrichissement sans cause à la loi de l'opération économique « la plus proche » (arrêt précité du 1er nov. 1952, *Revue*, 1953, p. 401, note Holleaux). C'est ainsi que la Chambre civile (10 juin 1947, *Revue*, 1948, p. 519) soumet la promesse de payer une pension à un enfant adultérien du promettant, au droit allemand, loi personnelle de l'enfant. Il est vrai que cet arrêt fait un détour par la loi d'autonomie. Mais un acte de cette sorte relève-t-il vraiment de l'autonomie ? Cf. *supra*, nos 220 et s.

(145) Voir *supra*, nos 114 et s.

(146) Voir *supra*, nos 286, 257.

(147) Paris, 21 juin 1955, *Revue*, 1955, p. 529, note Batiffol ; Civ., 4 novembre 1958, *Revue*, 1959, p. 309 ; Trib. Sarreguemines, 31 mai 1960, *Revue*, 1962, p. 516, note Batiffol. *Contra* : Seine, 8 avril 1949, *Revue*, 1950, p. 200, note Loussouarn : Nice, 3 juillet 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13830, note Simon-Depitre ; *Clunet*, 1964, p. 562, note Ponsard ; D., 1964.347, note Delvolvée ; Paris, 8 mars 1966, D., 1966, p. 525, note Malaurie.

(148) Voir Batiffol, *Traité*, no 477 et notes précitées ; *contra* cependant Francescakis, « Une extension discutable de la jurisprudence Rivière », *Clunet*, 1956, p. 254.

(149) Cf. en particulier Civ., 22 mai 1957, *Clunet*, 1957.722, note Ponsard *Revue*, 1957, p. 466, note Batiffol.

caractère naturel est toujours soumis à une loi propre, celle de l'enfant, même si la nullité du mariage en est la source ? Voilà qui nous paraît fort douteux, et l'intérêt d'en décider clairement apparait lorsque la loi de l'enfant et celle des effets du mariage sont différentes (150).

317. — Nous pensons qu'à partir du moment où le mariage a pu produire des effets sur le plan de la filiation, la loi de ces effets doit rester compétente s'il vient à être annulé.

Sur le plan de la validité en effet, il est manifeste que le lien qui unit le mariage aux problèmes de filiation est assez étroit pour que l'on confie ces derniers à la loi du mariage : la jurisprudence en témoigne, en particulier lorsqu'il s'agit de contester la filiation sans attaquer le mariage. Il faut alors faire tomber la présomption de paternité, et la solution ne peut dépendre d'une autre loi que de celle qui régit le mariage.

S'agissant d'un désaveu de paternité (151) ou d'apprécier la validité de la reconnaissance, par un tiers, d'un enfant qui parait légitime, il est difficile de maintenir la dualité des rattachements de la filiation. Il n'est pas satisfaisant, par exemple, que l'enfant légitime selon la loi du mariage puisse, selon sa loi personnelle, être valablement reconnu par un tiers...

318. — Mais il doit en aller de même sur le plan de l'invalidité c'est-à-dire lorsque la validité du mariage est contestée (152). C'est que le lien du mariage et de la filiation n'est pas nécessairement rompu par la nullité. Notre droit civil porte ici une indication dont il importe de tenir compte : pour la loi française la filiation demeure établie dans les termes où le mariage nul l'a fixée ; la présomption *pater is est* garde sa force. Pourquoi faudrait-il modifier cette conception simple à l'occasion d'un conflit de lois ? si l'on considère à cet égard que la nullité du mariage n'emporte que la légitimité, il est indispensable de rattacher à la loi qui la prononce l'ensemble des questions de filiation ; il faut conserver la règle de conflit qui a joué en matière de validité.

L'abandonner, appliquer la loi de l'enfant, c'est sacrifier à l'inexistence, retrouver ici le raisonnement fatidique : il n'y a pas de mariage, il n'y a pas d'effets du mariage, ni de loi de ces effets. On ne devrait donc pas être gêné par les dispositions tirées de cette loi.

Il faudra cependant en rabattre si le mariage est putatif. Dans ce cas, tout se passe comme s'il était valable : deux lois différentes ne peuvent régir, l'une la reconnaissance, l'autre la légitimité (153)...

(150) Hypothèse où les parents de nationalités différentes, sont domiciliés dans un Etat dont l'enfant n'a pas la nationalité. Par exemple : la mère et l'enfant sont français ; le mari égyptien ; le ménage vit au Caire...

(151) Civ., 4 novembre 1958, *Revue*, 1959, p. 309.

(152) Cf. les circonstances de l'affaire qui a donné lieu au jugement du Tribunal de la Seine du 31 mars 1952, *Revue*, 1952, p. 330, note Batiffol.

(153) C'est concevable à la rigueur si la reconnaissance est la source de la légitimité ; voir en ce sens, Paris, 8 mars 1966, D., 1966, p. 525, précité, et la

N'y aurait-il aucun autre argument, l'éventualité de la putativité suffit à fonder le rattachement de la filiation à la loi du mariage nul.

319. — Il faut maintenant examiner des suites de la nullité qui relèvent indiscutablement de catégories de rattachement extérieures à l'acte nul et, par conséquent, de lois qui leur sont propres.

B. — *Les suites qui relèvent d'une loi propre.*

320. — Le transfert de la propriété, en particulier la question de savoir s'il nécessite une formalité, dépend de la loi réelle, parce que dans la conception française, il s'agit du régime des biens (154) ; mais ce transfert est, le plus souvent, l'exécution d'un contrat régi par la loi d'autonomie. On se demande alors quelle est l'influence de la nullité du contrat sur le transfert de propriété.

La difficulté vient de ce que le droit français connaît le transfert *solo consensu*, tandis que nombre de législations étrangères maintiennent l'exigence d'une tradition. Sur le plan de la validité, la répartition des compétences s'effectue sans trop de difficultés : la loi d'autonomie régit le contrat ; la *lex rei sitae* le transfert. Dans ces conditions, un contrat soumis à la loi allemande entraînera *ipso facto* le transfert d'un bien sis en France. Par contre, pour transférer un bien sis en Allemagne, en exécution d'un contrat français, il faudra respecter les formalités allemandes (155).

Conformément à la règle que nous nous sommes fixée, il faudrait conserver cette répartition en cas d'invalidité. Ainsi, la loi d'autonomie privant d'effet le contrat, il revient à la loi réelle d'en définir les conséquences quant au transfert, comme quant aux autres aspects du régime des biens : possession, attribution des fruits, etc... si le contrat est français, la loi réelle étrangère pourra cependant maintenir la validité du transfert. Inversement, si le contrat est étranger, la loi réelle française anéantira le transfert.

321. — On trouve chez Bartin (156) le principe d'une telle solution. Examinant l'hypothèse du contrat régi par la loi étrangère et qui concerne un immeuble français, Bartin énonce que l'accord des volontés, dans la mesure où il est « considéré par la loi française « comme suffisant à lui seul à opérer le transfert, est soumis comme « tel à la loi française, *lex rei sitae*, quant à ses effets translatifs ... « c'est donc que la loi française a qualité pour décider de l'application « sur le transfert de la propriété de la nullité qui le frappe, pour juger, « en dernière analyse du caractère et de l'étendue de la nullité sur le « transfert de la propriété. Elle est maîtresse des effets de la nullité,

critique de M. Malaurie dans sa note sous l'arrêt. Cela ne peut plus l'être si la reconnaissance, émanant d'un tiers, contredit la légitimité...

(154) BATIFFOL, *Traité*, n° 524.

(155) On retrouve ainsi, dans le domaine des conflits de lois, la vieille distinction qui a disparu du droit interne avec le Code civil.

(156) *Principes*, t. III, § 408, p. 177-178.

« dans la mesure où elle est maîtresse des effets de l'acte quand il « est valable. C'est pour elle, dans l'un et l'autre cas, sous l'un et « l'autre point de vue, décider des effets translatifs de l'acte ».

On ne saurait énoncer plus clairement le parallèlisme nécessaire de ces deux aspects de la sanction que sont validité et invalidité...

322. — Cependant, il nous semble que l'illustre auteur étend indûment le domaine de la loi réelle lorsqu'il lui demande de définir non seulement les conséquences de l'invalidité, mais encore les titulaires de l'action et le délai de prescription.

C'est donner trop d'importance au transfert en droit français ; en faire une donnée autonome là où, en réalité, il est confondu avec les effets du contrat (157). Il n'y a donc pas de droit de critique — et par conséquent d'action — fondé sur un vice du transfert : il n'y a que l'action en nullité du contrat.

Cette nullité, prononcée par la loi étrangère, en vertu d'une action régie par cette loi, entraîne donc *ipso facto* l'anéantissement du transfert conformément à la loi française — et ceci, même si, dans le droit étranger, la nullité n'a pas automatiquement cet effet. Tel est l'apport exact de la loi française. Mais cette dernière n'a pas vocation à étendre plus loin sa compétence.

On devra dire par conséquent que seuls les titulaires désignés par le droit étranger du contrat pourront invoquer la nullité de ce contrat, donc du transfert, et que, faute de l'avoir fait dans les délais du même droit, ils ne le pourront plus.

323. — D'ailleurs, tout ceci ne concerne que les conséquences « passives » de la nullité. Mais on peut considérer — conséquence « active » — qu'en suite de l'invalidité du contrat et du transfert, le « vendeur » va pouvoir « revendiquer » la chose.

Conformément au principe valable en matière de restitution (158), on ne doit pas considérer son action comme une véritable revendication, soumise à la loi réelle ; mais comme la conséquence de la nullité du contrat : c'est l'action en nullité elle-même, et elle sera prescriptible par le délai qui prescrit cette action dans le droit étranger (159).

(157) *Contra* : NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1160, p. 249.

(158) Voir *supra*, n^{os} 309 et s.

(159) Il faut signaler ici une difficulté soulevée par Niboyet (T. IV, n° 1161, p. 259). Il se peut que la loi allemande, distingant le transfert et le contrat, ne donne pas à l'action en nullité de ce dernier l'effet d'une revendication. Niboyet en conclut qu'on « peut se demander s'il ne surgit pas ici un obstacle « insurmontable empêchant le droit du contrat et celui des biens de se raccor- « der... ». L'obstacle est insurmontable en effet sur le plan du droit des conflits. Mais s'il en est ainsi, on doit appliquer les principes qui permettent de remédier aux lacunes du droit étranger : le droit du for s'applique. A ce moment il s'agira de l'action équivalente du droit français, et non de la revendication, ce qui permet d'appliquer la même solution dans l'hypothèse où l'immeuble est sis par exemple en Belgique, c'est-à-dire dans un pays tiers mais connaissant les mêmes règles que les nôtres en la matière...

Nous ne sommes d'ailleurs pas sûr que cette solution puisse recevoir sans hésitation la consécration jurisprudentielle qui lui fait jusqu'à présent défaut. L'attraction de la réalité est telle que les tribunaux risquent d'appliquer purement et simplement la loi réelle française... Une autre considération peut les y inciter : celle que nous combattons, qui voit dans la nullité un anéantissement ; si le contrat est réduit à néant, la loi qui le régit n'a plus de titre à s'appliquer. Il ne reste que la loi réelle (160).

324. — Des difficultés analogues apparaissent en matière de contrat de mariage : la validité de ce contrat dépend en effet non seulement des conditions qui lui sont propres, mais encore de la validité du mariage. Or, dans notre système de conflit, régimes matrimoniaux et mariage relevant de deux catégories de rattachement différentes, dépendent en principe de deux lois différentes. Là encore, le règlement du conflit de lois repose sur la conception que l'on se fait de la nullité en droit interne.

Est-ce une mise à néant ? Le mariage, tombant, fait entièrement disparaître le contrat qui l'accompagne. Il n'y a plus d'époux, il n'y a plus de régime ; il n'y a en jamais eu, et le sort des biens qui composent la communauté de fait ne peut plus dépendre que de la loi de leur situation (161)...

Mais au contraire, est-ce l'aménagement que nous avons étudié et la même répartition qui accompagnait la validité se retrouve dans l'invalidité. La loi du contrat recueille le principe de la nullité donné par la loi personnelle. Elle en définit les conséquences sur le plan patrimonial : à elle de dire si les biens tombent dans une indivision pure et simple ; si au contraire on applique les règles du régime ou seulement certaines d'entre elles. Cette éventualité montre la nécessité de sa compétence : comment refuser que continuent à s'appliquer les dispositions même qui ont régi la validité ? La loi réelle n'intervient qu'ensuite, suivant les principes dégagés à l'instant pour les contrats ordinaires.

(160) Rappr. *supra*, nos 203 et s. et *infra*, nos 330 et s.

(161) Il y aura ainsi autant de lois applicables que de pays où figurent des biens... Rappr. les rattachements de la succession immobilière...

CHAPITRE III

LE CONFLIT DE LA LOI DE LA CONDITION VIOLÉE ET DE LA LOI DES EFFETS

325. — Au cours des pages qui précèdent, on a pu dégager le principe d'après lequel la loi qui régit l'acte règle aussi tous les aspects de la nullité qui le frappe. Ainsi, l'unité fondamentale de la sanction se retrouve dans l'unité du rattachement : la validité comme l'invalidité, la sanction et la réaction dépendent d'une même législation.

Mais nous avons raisonné jusqu'à présent sur une simple hypothèse de travail ; celle dans laquelle une loi unique régit la condition violée et les effets. C'est par exemple, s'agissant du mariage, la loi personnelle des époux de même nationalité ; ou bien celle que les parties ont choisie pour leur convention...

Or, quelle que soit l'étroitesse du rapport qui unit les conditions de l'acte à ses effets (1), nombre de ces conditions dépendent de catégories de rattachement qui leur sont propres, et par conséquent de lois différentes. Ainsi, par exemple, les conditions de capacité, de forme, de fond, en matière contractuelle, dépendent respectivement de la loi nationale, de la loi locale, de la loi d'autonomie... Il en va de même à l'intérieur d'une catégorie de rattachement unique, lorsque les circonstances de l'espèce entraînent l'application distributive de plusieurs lois (2) ou le changement du critère de rattachement (3).

La loi qui définit les effets d'un acte juridique n'est donc pas nécessairement la même que celle qui porte ses conditions. Le lien qui unit les divers éléments de l'acte est extensible et l'audace d'un

(1) Cf. *supra*, n^os^ 37 et s. A la cohésion des conditions de validité et des effets correspond d'ailleurs la cohésion comparable des conditions de mise en œuvre et des conséquences de la nullité.

(2) Comme il arrive, par exemple, pour le mariage de personnes de nationalités différentes : les conditions de formation sont définies distributivement par les deux lois nationales...

(3) Toujours dans le cas du mariage mixte, les effets sont soumis à la loi du domicile commun, qui peut n'être pas la loi nationale de l'un des époux mais une loi tierce...

procédé qui suppose une collaboration aussi intime entre des systèmes juridiques indépendants est finalement assez surprenante.

326. — Mais alors quelle est la portée exacte de la formule suivant laquelle le droit de critique appartient à la catégorie de rattachement de l'acte juridique ? Dire que la loi compétente est celle qui régit l'acte ne suffit pas, s'il y a plusieurs lois de l'acte : il faut maintenant choisir entre elles.

Les grandes lignes de ce choix nous sont dictées par le parallèle établi jusqu'ici entre validité et invalidité. En effet, si les conditions de validité peuvent être séparées des effets pour dépendre de lois différentes, nous ne voyons pas *a priori* pourquoi les conditions du droit de critique ne supporteraient pas d'être séparées de la même façon de ses conséquences. Voilà qui permet d'adopter pour la nullité les mêmes rattachements que pour la validité : si les conditions de l'acte sont régies par la loi A et ses effets par la loi B, il semble logique de soumettre à la loi A le principe et les conditions du droit de critique ; à la loi B ses conséquences.

C'est que la loi qui définit la condition violée paraît plus apte que toute autre à en définir la sanction. Mais dans la mesure où les conséquences de cette sanction concernent les effets de l'acte, quelle loi, mieux que celle qui définit ces effets, pourrait organiser ses conséquences ?

On obtient ainsi des rattachements identiques pour la validité et pour la nullité. Telle sera la portée définitive du principe de l'unité de la sanction : l'unité existe non pas dans le rattachement lui-même, mais dans les principes qui le déterminent.

327. — Cependant, la jurisprudence paraît ne pas toujours adopter ce raisonnement. On énonce habituellement que le droit positif français rattache l'ensemble de la nullité à la loi qui lui a donné naissance, celle de la condition violée (4).

Après avoir recherché quelle peut être la valeur de cette affirmation (Section I), nous verrons qu'il est difficile en réalité de méconnaître la compétence de la loi des effets pour les conséquences de la nullité (Section II).

SECTION I

LES THÈSES EN PRÉSENCE

328. — Cela va sans dire, nul ne peut sérieusement refuser à la loi violée un large domaine d'application : c'est elle qui édicte la nullité, dans la mesure où ses dispositions ont souffert. La loi qui

(4) Voir en particulier P. Lagarde, note sous Civ., 15 mai 1963, *Revue*, 1964, p. 506.

définit une incapacité, celle qui impose une formalité, comme celle qui prohibe tel ou tel fait, ne peuvent rester indifférentes à l'organisation de la réaction qui doit sanctionner leur violation ; ce point est acquis : la nullité relève de la loi qui régit l'acte, c'est-à-dire essentiellement de celle qui en pose les conditions de validité.

Seulement, lorsqu'une loi différente en définit les effets, il est permis de contester que le champ d'application de la loi des conditions s'étende à l'ensemble des manifestations de la nullité. Plus précisément, son domaine comprend certainement d'une part le principe même de la nullité, et d'autre part les conditions de sa mise en œuvre : détermination des titulaires de l'action et de l'exception, disponibilité du droit de critique sous forme de confirmation et, sous réserve de certaines observations, délai de prescription de l'action.

Mais il reste à démontrer que ce domaine doit être étendu aux conséquences de la mise en œuvre du droit de critique : portée de l'inefficacité dans le temps et dans l'espace et régime des restitutions éventuelles. Or malgré l'appui qu'elle semble trouver dans certaines formules de la jurisprudence, la thèse de la compétence exclusive de la loi violée ne se fonde en réalité sur aucun argument convaincant.

§ 1. — Les arguments invoqués pour soutenir la compétence exclusive de la loi de la condition violée.

329. — Les arguments invoqués pour justifier la compétence exclusive de la loi de la condition violée paraissent se rattacher à deux ordres de préoccupation différents. Il y aurait un argument de pure logique qui consiste à refuser compétence à la loi des effets parce qu'un acte nul n'a précisément aucun effet (A) ; mais on discerne également une justification plus juridique : les conditions de mise en œuvre de la nullité et ses conséquences sont présentées comme formant un ensemble difficilement dissociable qui, par conséquent, ne peut relever de plusieurs lois (B).

A. — *L'argument logique* : *la loi des effets est incompétente parce qu'il n'y a pas d'effets.*

330. — Totalement abstrait, parfaitement négatif, l'argument logique est présenté avec une rigueur qui devrait exclure tout autre essai de justification. C'est un syllogisme : pour qu'une loi autre que celle qui définit les conditions puisse être appliquée aux effets, il faut d'abord que l'acte produise des effets ; or un acte nul ne peut produire aucun effet ; donc la « loi des effets » n'est pas compétente.

Seulement, l'impeccable rigueur du raisonnement dissimule assez mal la faiblesse des propositions qu'il enchaîne.

Comme dans tout syllogisme, la valeur de la conclusion dépend immédiatement de ce que valent les prémisses. Il suffit de les examiner pour constater le caractère purement verbal de l'argument.

331. — Selon sa mineure, un acte nul ne peut produire aucun effet. Mais nous savons qu'une telle affirmation est inexacte : un acte nul peut produire certains des effets de l'acte valable ; il arrive parfois qu'il les produise tous, de même qu'il lui arrive de n'en produire aucun. En réalité, ce néant n'est pas essentiel à la nullité. Il s'agit seulement de l'une de ses manifestations ; ce n'est que la plus radicale.

La mineure du syllogisme contient d'ailleurs pis qu'une inexactitude : son affirmation implique une adhésion à la thèse de l'inexistence. Si l'on peut affirmer de façon aussi définitive qu'un acte nul est privé de tout effet, c'est que l'on admet que la nullité se confond par définition avec le néant ; qu'elle est donc par elle-même, c'est-à-dire indépendamment de toute disposition juridique, synonyme de néant. L'acte nul est en soi privé d'effets, parce qu'il n'a pu naître à une existence objective, antérieure à l'existence juridique.

332. — Cette même notion de l'inexistence se retrouve dans la majeure et rend vicieux le raisonnement suivant lequel il faut que l'acte produise des effets pour que soit compétente la loi qui régit ces effets. En effet, une telle affirmation n'a de sens que si validité ou existence et nullité ou inexistence ont une valeur en soi, indépendamment des dispositions de la loi. Dans cette perspective, il faut d'abord que l'acte existe objectivement, pour qu'ensuite s'en saisisse la loi compétente.

Mais nous savons que la notion d'inexistence est un jeu de mots. La nullité n'existe pas indépendamment de la loi qui l'édicte. D'ailleurs elle ne procède pas d'une simple constatation de non conformité au droit, c'est-à-dire d'un raisonnement négatif. Elle suppose au contraire une réaction positive. La loi qui annule dispose ; elle ordonne et interdit, tout comme la loi qui valide. Dès lors, le vice du raisonnement paraît en pleine lumière : on ne peut fonder la compétence (ni l'incompétence) de la loi sur la teneur des dispositions qu'elle édicte, puisque leur examen suppose cette compétence. Que l'on se place dans le cadre de la validité ou de l'invalidité, dire qu'il y a des effets ou qu'il n'y en a pas, suppose que l'on a découvert et appliqué la loi compétente. Cela ne peut pas servir à déterminer sa compétence.

333. — Dans ces conditions, le syllogisme ne justifie nullement la compétence exclusive de la loi des conditions, parce qu'il n'explique pas l'incompétence de la loi des effets. L'argument logique n'est rien d'autre qu'une profession de foi en la loi violée. Pour fonder cette foi, il faut un autre argument, celui qui ne fait intervenir que des considérations juridiques : on s'explique comment, malgré

le caractère radical, définitif du syllogisme, il ait fallu cependant justifier sur ce plan aussi la thèse de la compétence exclusive de la loi des conditions.

B. — *L'argument juridique : conditions de validité et conséquences de la nullité sont unies par un lien indissociable.*

334. — La logique formelle étant impuissante à justifier la compétence exclusive de la loi de la condition violée, l'argument juridique fait appel à la logique propre du droit, c'est-à-dire à une certaine forme de l'opportunité.

Il s'agit d'établir qu'entre les conditions de mise en œuvre et les conséquences de la nullité, les liens sont si étroits qu'une dissociation entraînerait d'insurmontables difficultés. On ne saurait confier les conditions, d'une part, les conséquences de l'autre, à deux lois différentes, parce qu'en raison de l'étroite dépendance des deux questions, l'ajustement des lois étrangères sera impossible.

Ainsi dira-t-on, la loi qui édicte l'incapacité du mineur définit minutieusement les conditions comme les conséquences de la nullité qui sanctionnent cette incapacité : le principe suivant lequel le mineur ne doit éprouver aucun dommage donne la mesure des unes comme des autres. Il inspire la règle de l'article 1305 (*Minor restituitur...*), mais également celle de l'article 1312... Tout cela forme un bloc indissociable ; on conçoit très mal comment un mineur français, dont la loi personnelle porte de tels principes, pourrait se voir obligé de restituer au-delà de son enrichissement, parce que la loi étrangère régissant le contrat nul ignore la règle de notre article 1312. Ce serait amoindrir la portée de la protection dont il jouit ; revenir sur les principes qui fondent la soumission de la capacité à une loi unique.

L'argument est sérieux. Il touche au fond du problème que la règle de conflit doit résoudre : le découpage d'ensembles cohérents de règles. Et cependant, l'objection qu'il oppose à la compétence de la loi des effets ne paraît pas insurmontable.

335. — On remarquera d'abord qu'il ne suffit pas d'établir ce qui est évident, c'est-à-dire l'existence d'un rapport étroit entre les conditions et les conséquences de la nullité. Il faut encore démontrer le caractère indissociable de ce rapport. Il faut établir en réalité que le rapport qui lie conditions et conséquences de la nullité est plus étroit que celui qui unit conditions et effets de l'acte valable.

Sous cet angle, il n'y a plus aucune évidence. Conditions et effets de l'acte juridique, si étroitement liées qu'elles puissent être, subissent couramment une dissociation qui les fait relever de deux lois différentes. Sur le plan de la validité, la capacité du mineur français est soumise à la loi française ; mais le contrat passé par ce mineur peut relever d'une autre loi pour le fond, d'une troisième pour la

forme et, s'il y a un transfert de propriété, il peut encore dépendre d'une loi propre. Il est certain que l'ajustement de dispositions issues de si nombreux systèmes ne se fait pas sans difficulté ; la situation des parties se ressent nécessairement du conflit des lois et, en particulier il n'est jamais sans danger, même pour les majeurs, de contracter selon une loi étrangère. Mais peut-on affirmer *a priori* que ces difficultés sont plus grandes en matière de nullité ? si grandes qu'il faut renoncer à ajuster entre elles des lois étrangères ? Cela paraît difficile ; cela est même choquant.

336. — En effet, de telles impossibilités se rencontrent couramment en droit international privé. Mais elles se manifestent concrètement après que les lois compétentes aient été appliquées : l'exception d'ordre public est le type de ce genre d'accident. Or, ici, l'impossibilité est prévue à l'avance : la thèse de la compétence exclusive de la loi violée renonce à l'ajustement avant de l'avoir tenté.

C'est énoncer une règle de conflit propre à la nullité. En affirmant que les manifestations de la réaction ont une cohésion particulière, on leur donne une qualification autonome qui se traduit par un rattachement propre à la loi de la condition violée. Ainsi, la nullité n'est pas traitée comme la validité ; elle est une exception dans le système de rattachement de l'acte dont elle rompt l'unité.

337. — On doit condamner cette rupture ; ceci d'abord, à cause des inconvénients qu'elle présente sur le plan des applications concrètes.

Ainsi, le contrat passé entre un Belge et un Espagnol, soumis par eux à la loi italienne parce qu'il porte par exemple sur la location d'une chose située en Italie, et destinée à y être utilisée, relève par certaines de ses conditions de la loi espagnole et de la loi belge ; mais pour tout le reste, de la loi italienne. S'il se trouve cependant que le Belge était mineur et irrégulièrement autorisé, faudra-t-il que la loi italienne perde toute espèce de compétence au profit de la loi belge, parce que cette dernière édicte une nullité ? Celle-ci peut intervenir longtemps après que le contrat ait été exécuté ; longtemps après qu'une situation entièrement soumise à la loi italienne des effets ait pu se développer. Consacrer une règle de conflit propre à la nullité, c'est bouleverser cette situation. Cela peut paraître regrettable.

338. — Mais ensuite, les considérations qui fondent cette règle de conflit procèdent directement de la même idée d'inexistence qui affecte déjà l'argument syllogistique.

Sans doute, en énonçant la règle de conflit propre à la nullité, fait-on de cette dernière une institution autonome : on méconnaît qu'il s'agit seulement d'une manifestation de réaction inscrite dans le cadre de l'acte. Mais surtout, la règle de conflit fonde sur le

droit interne de l'une des lois compétentes l'incompétence des autres lois. Elle est par là même suspecte.

Si l'on reprend notre exemple, loi belge, loi espagnole, loi italienne ont toutes une vocation, déterminée par le droit international privé français, à régir les différents aspects du contrat. Pourquoi une disposition de la loi interne belge, celle qui annule suffit-elle à faire échec aux règles de conflit qui désignent les autres lois ? C'est qu'on prête en réalité une portée universelle à cette disposition. C'est que l'on conçoit la nullité qu'elle édicte comme une notion objective indépendante de tout droit positif, qui coïncide avec le néant et que la simple raison suffit à reconnaître : on comprend comment s'édifie sur cette base le principe de l'indissociabilité des conditions et des conséquences de la nullité. C'est que, dans la mesure où nullité est synonyme d'inexistence, la loi violée ne peut être satisfaite autrement que par un anéantissement complet de l'acte juridique. Puisque cet anéantissement concerne la substance même de la nullité, la loi violée ne saurait courir le risque qu'une autre loi paralyse, si peu que ce soit, cet anéantissement (5).

339. — Dans ces conditions, l'argument le plus solide invoqué pour soutenir la compétence de la loi violée sur les conséquences de la nullité n'est pas plus convaincant que celui que nous avons tout d'abord rejeté. L'un comme l'autre sont une projection en droit international de la théorie de l'inexistence, si néfaste déjà en droit interne. L'un comme l'autre, par conséquent, ne justifient aucunement la compétence de la loi violée ; il ne valent qu'en tant qu'affirmation de cette compétence. Quels sont, face à cette affirmation, les mérites de la loi des effets ?

§ 2. — Les mérites de la loi des effets.

340. — Il ne saurait être question de dénier la compétence de la loi qui définit les conditions de validité pour tout ce qui concerne les conditions de mise en œuvre de la nullité ; ce serait revenir sur le principe de la soumission de cette dernière à la loi qui régit l'acte. On ne cherchera donc pas à étendre le domaine de la loi des effets au-delà des conséquences de cette nullité. Mais en cette matière, il faut bien reconnaître qu'une fois écartés les mirages de l'inexistence, la compétence de la loi des effets s'impose avec évidence.

Elle trouve une justification théorique dans les principes généraux qui ont fondé nos précédents raisonnements : elle traduit dans le droit international privé l'unité fondamental de la sanction juridique que nous avons opposée jusqu'ici à l'inexistence (A).

(5) Le raisonnement porte en lui-même sa propre contradiction : il repose sur le postulat que la nullité est en soi une inexistence, c'est-à-dire indépendamment de la loi. Mais il avoue que le droit positif, au moins le droit étranger peut cependant ignorer ce principe purement rationnel...

C'est qu'elle repose sur des considérations concrètes : on se convaincra sans peine de l'étroitesse des liens qui unissent les effets de l'acte aux conséquences de la nullité (B).

A. — *Portée de l'unité fondamentale de la sanction en droit international privé.*

341. — La nullité n'est pas une institution autonome ; le droit interne est la preuve qu'on ne peut la confondre avec une inexistence objective, indépendante de toute disposition juridique parce que directement imposée par la raison. L'hypothèse d'une unité fondamentale de la sanction juridique exprime ce que nous avons pu dégager de sa nature en droit positif : la nullité est une solution ménagée entre des intérêts contraires par la loi qui régit l'acte ; ainsi, les dispositions juridiques aménageant la nullité sont de même nature que celles qui aménagent la validité. Dès lors, la route est tracée. Nous avons pu vérifier sans peine comment, lorsqu'il s'est agi de conflits de lois, c'est à la loi qui régit la validité qu'il revient de définir l'invalidité.

342. — Lorsque les différents aspects de l'acte sont partagés entre plusieurs lois, il suffit de poursuivre l'application du principe qui met en parallèle validité et invalidité. Dans la mesure où le droit des conflits partage les éléments de l'acte entre plusieurs catégories rattachées à des lois différentes, les unes régissant les conditions, les autres régissant les effets, il n'y a pas à distinguer entre nullité et validité pour déterminer la loi compétente.

C'est à l'intérieur de ces catégories, une fois désignées les lois qui correspondent, et par application de leurs dispositions internes, que la question de nullité apparaît. Elle est en réalité ignorée du droit des conflits proprement dit.

Ainsi, dans l'exemple du contrat italien dont les parties sont belge et espagnole, on doit attendre de connaître ce que dispose la loi belge et la loi espagnole pour savoir si les contractants sont capables ; la loi italienne, pour savoir quels sont respectivement leurs droits et leurs obligations. On ne raisonnera pas autrement pour savoir si le Belge, incapable, peut invoquer la nullité : il faudra consulter la loi belge ; quant à l'étendue de l'inefficacité, elle ne peut résulter que de la loi italienne.

343. — Ainsi, validité et nullité font l'objet de rattachements identiques et rien n'est plus conforme à ce que nous savons du jeu de la nullité.

Si, en effet, la réaction se fonde, au niveau des conditions, sur les intérêts protégés par la règle violée, elle se matérialise sur les effets de l'acte. Elle concerne à la fois ces conditions et ces effets. Elle intéresse donc au même titre les deux lois qui les régissent. C'est d'ailleurs par une simplification quelque peu grossière que

l'on réserve à la loi des conditions le titre de loi violée : celle qui régit les effets l'est tout autant, dans la mesure où elle n'entend attacher d'effets normaux qu'à un acte régulier. L'irrégularité la concerne donc à ce titre. Mais d'autre part, il est conforme à la nature de la nullité de composer avec les intérêts attachés aux effets. A ce titre encore, elle concerne la loi qui régit ces effets.

Si bien qu'en fin de compte, le lien qui unit les conditions et les conséquences de la nullité ne doit pas éclipser celui, autrement puissant, qui rive les conséquences de la nullité aux effets de l'acte. L'examen de cette étroite liaison confirme la compétence de la loi des effets.

B. — *Le rapport existant entre les effets de l'acte et les conséquences de la nullité.*

344. — Le caractère indissociable des effets de l'acte et des conséquences de la nullité se manifeste d'abord de façon parfaitement négative, lorsque les dispositions violées appartiennent à deux lois différentes.

Dans cette hypothèse, rattacher les conséquences de la nullité à la loi des conditions violées revient à appliquer cumulativement deux lois qui peuvent édicter des solutions contradictoires : ce qui est alors impossible (6). Imaginons en effet le mariage d'un Belge et d'une Suissesse, nul au regard des deux lois nationales. Si les époux sont de mauvaise foi, la loi belge annule le mariage avec la dernière rigueur (7). Par contre, la loi suisse se borne à exiger une célébration régulière pour accorder la putativité (8). Selon la loi belge, par conséquent, l'union est rétroactivement anéantie ; mais la loi suisse se borne à la dissoudre.

Voilà qui est inconciliable : on ne peut à la fois déclarer les enfants adultérins selon la loi belge et légitimes selon la loi suisse... La règle de conflit est en échec, les deux législations ne pouvant s'ajuster, et le seul remède est de recourir à la loi du for qui n'a, nous le savons, d'autre titre à intervenir que cet échec.

C'est une solution de détresse et l'on est en droit d'estimer que la règle de conflit qui introduit inévitablement ce genre de solution n'est pas satisfaisante : le règlement qu'elle définit est trop problématique, trop fragile. Or, reconnaître ici, et de façon générale, la compétence de la loi des effets évite précisément ce genre de difficulté.

(6) Voir Francescakis, note *Revue*, 1956, p. 313.

(7) Les articles 201 et 202 du Code civil belge sont restés identiques à ceux de notre Code civil.

(8) Le Code suisse (art. 133, 134) dispose en effet qu'en cas de nullité, la loi règle les droits et obligations des parents et des enfants « comme en cas de divorce ».

345. — Mais s'il en est ainsi, c'est qu'en effet sa compétence se justifie par des raisons positives : essentiellement parce qu'il s'agit de problèmes qui, comme la légitimité des enfants dans notre exemple, relèvent déjà de ses dispositions (9).

Elle paraît de prime abord mieux placée qu'aucune autre loi pour supprimer ou modifier des effets qui se sont produits sous son empire. Il s'avère qu'en réalité elle seule peut le faire au regard des principes juridiques.

Sans doute, s'agissant d'un acte quelconque qui demeure inexécuté, le choix peut-il paraître, non pas indifférent, mais un peu trop exclusivement théorique. Par contre, dès qu'il y a exécution, la loi des effets la dirige. Ainsi, jusqu'à l'annulation, les époux ont appliqué un régime matrimonial donné qu'ils ont opposé aux tiers ; le débiteur d'une obligation de faire s'est conformé à la loi du contrat ; les associés ont respecté le pacte social, etc... Tout cela s'est fait conformément à une loi qui, par définition, n'est pas la loi des conditions violées. Appliquer cette dernière aux modifications entraînées par la nullité, c'est bouleverser l'ordre rationnel des choses : non seulement d'un point de vue purement pratique, mais encore au regard des principes juridiques (10).

346. — Si l'on ne s'en rend pas suffisamment compte d'ordinaire, c'est que l'on est distrait par l'illusion suivant laquelle dans tous les cas, c'est-à-dire non seulement pour toutes les irrégularités, mais encore quelle que soit la loi considérée, nullité est synonyme d'anéantissement rétroactif. Par conséquent, qu'importe la loi que l'on applique : les effets produits disparaissent de la même façon.

Mais l'optique change dès que l'on a rejeté l'inexistence et constaté qu'en réalité il s'agit d'aménager la solution d'un problème qui peut en comporter plusieurs.

347. — Tout d'abord, il est faux que la pure logique suffise à réaliser la nullité la plus radicale. Les restitutions qu'elle suppose ne se conçoivent pas sans des modalités qui varient nécessairement suivant les législations. Pour ne prendre qu'un seul exemple, le

(9) Cf. Paris, 21 juin 1955, *Revue*, 1955, p. 529, note Batiffol ; Civ., 4 novembre 1958, *Revue*, 1959, p. 309. Trib. de Sarreguemines, 31 mai 1960, *Revue*, 1962 p. 516 note Batiffol.

(10) D'ailleurs, un examen attentif des hypothèses de conflit pratiquement concevables montre que la loi des conditions ne peut souffrir sérieusement si on lui préfère en ce domaine celle qui gouverne les effets. Supposons que la loi des conditions prévoie un anéantissement radical, tandis que celle des effets tempère sa rigueur en laissant subsister certains d'entre eux : la disposition violée n'est pas privée de toute sanction. Au cas où un tel résultat serait cependant atteint, il reste la possibilité de faire jouer l'exception d'ordre public si ce résultat est choquant... Inversement, si la loi la plus rigoureuse se trouve être la loi des effets, celle qui régit les conditions n'en est que plus vigoureusement protégée. Là encore, la soupape de l'ordre public viendra éventuellement à son secours, si cette protection dépassait trop manifestement son but...

parallélisme des répétitions que le droit français connaît en cas de nullité d'un contrat synallagmatique autorise l'une des parties à retenir ce qu'elle doit tant que l'autre partie n'est pas en mesure de lui rendre. Ce synallagmatisme renversé, selon l'expression de M. Carbonnier, peut ne pas se rencontrer partout. Dans ces conditions, quelle loi mieux que celle qui a défini l'obligation de livrer et ses modalités pourra définir celle de restituer et ses modalités ?

348. — Mais lorsque la réaction est mesurée et qu'elle laisse subsister une partie des effets produits par l'acte nul et inscrits dans les faits, il devient évident que seule la loi qui a façonné ces effets doive se mêler de les réformer ; elle seule peut mesurer exactement la réaction qui les concerne.

C'est qu'on ne voit pas comment la loi des conditions pourrait choisir avec précision entre les effets et reproduire ceux qui subsistent pour l'avenir, alors qu'elle ne les définit pas, qu'elle les ignore peut-être. En réalité, elle peut seulement s'appliquer toute entière avec les effets qu'elle connaît. Mais c'est dénaturer la situation et méconnaître les principes d'une nullité tempérée que l'on prétend mettre en œuvre : on ne peut plus affirmer que certains effets « subsistent » malgré la nullité si ces effets ne sont pas ceux que l'acte a réellement produits. En un mot, il est rationnellement impossible de maintenir ces effets si la nullité entraîne l'application d'une autre loi que celle qui leur est propre.

349. — Soient deux époux français, mariés sans contrat et domiciliés dès le premier jour en Italie où ils ont toujours vécu. Vingt ans après la célébration, le mariage s'avère nul, mais putatif, ce qui doit entraîner une simple dissolution, et par conséquent l'application des règles du régime matrimonial. Appliquer la loi de la condition violée reviendrait à imposer les règles françaises de la communauté, à des gens qui ont utilisé pendant vingt ans la séparation de biens italienne, ce qui serait absurde (11).

On voit par un tel exemple comment la seule loi des effets permet de respecter jusqu'au bout la nature de la nullité qui modifie sans dénaturer : elle n'impose ici que la liquidation d'un régime de séparation et non la création puis la dissolution d'une communauté fictive. Il ne faut pas négliger que lorsque la réaction tient compte des « intérêts légitimes de la validité », pour tempérer sa rigueur, elle ne le fait pas dans l'abstrait. Il s'agit au contraire de consolider des situations qui existent réellement. Elles ont une certaine consistance, une forme propre, que leur donne la loi qui les a façonnées. La compétence de cette loi s'impose donc avec force dès que l'on considère que la nullité laisse souvent subsister des effets.

(11) Ce le sera d'autant plus si les époux étaient mariés avant le 1er février 1966 : c'est la communauté de meubles et acquêts qui sera leur régime légal selon la loi française...

350. — Ceci vaut pour toutes les hypothèses de nullité « tempérée ». En particulier, il paraît tout aussi déraisonnable de soumettre le problème de la survie d'une société nulle à la loi des conditions de capacité par exemple, qu'à la loi de chacun des pays où elle a effectivement exercé ses activités (12). Mais c'est le mariage putatif qui offre les illustrations les plus saisissantes et c'est à son propos que l'on trouve les prises de position doctrinales les plus fermes en faveur de la loi des effets. Sans doute la putativité a-t-elle toujours tenté la doctrine par son caractère si manifestement opposé aux principes de la doctrine classique. Mais le mariage réunit aussi une exceptionnelle série de conditions pour provoquer en droit international privé les prises de position, tant de la jurisprudence que des auteurs.

Outre la fréquence des unions mixtes de la « société » cosmopolite, on notera en premier lieu l'exceptionnelle multiplicité des lois qui peuvent avoir à se partager le mariage (13) : loi personnelle de chaque époux, loi du lieu de la célébration, loi des effets qui, entre personnes de nationalités différentes, se trouve être, depuis l'*arrêt Rivière*, celle du domicile commun ou à défaut celle du tribunal saisi ; loi propre des effets patrimoniaux, puisque dans notre système, le régime matrimonial bénéficie d'une règle de conflit distincte. Or, comme le mariage est un acte-condition, cette multiplicité des législations coïncide avec le caractère impératif de leurs dispositions, tandis qu'on observe une relative diversité des solutions positives (14). Chaque législateur impose en ce domaine des vues qu'il donne pour fondamentales et qui sont souvent très particulières.

351. — Les effets du mariage sont donc particulièrement colorés par la loi qui les définit, au contraire de ceux d'un contrat : la loi du contrat se borne à orienter la volonté des parties et, dans l'essentiel de ses dispositions, sanctionne cette volonté ; appliquer la loi des effets du contrat, c'est finalement appliquer le contrat. On conçoit que les problèmes posés par l'application de cette loi qui est, le plus souvent, celle des conditions de fond, passent inaperçus parce qu'ils font naître peu de difficultés pratiques. Il y a au contraire une grande importance pratique à connaître la loi des effets du mariage.

Enfin la distinction des conditions et des effets de l'acte, comme des lois qui les régissent, présente en ce domaine une importance toute particulière, puisque, mises à part les questions de célébration, les premières sont individuelles, mais les seconds collectifs. La nécessité d'une loi unique régissant les effets prend ici un caractère spécial : le refus d'appliquer cumulativement deux lois différentes. Cette nécessité s'est trouvée étendue par la putativité du plan de

(12) Voir *supra*, nos 304 et s.
(13) Cf. Francescakis, note *Revue*, 1956, p. 310.
(14) Voir *supra*, n° 298.

la validité à celui de l'invalidité, et fonde en ce domaine la compétence de la loi des effets du mariage, à côté des raisons que nous avons déjà examinées.

352. — C'est que la putativité n'entraîne pas seulement un maintien de l'acte pour le passé, mais conserve certains de ses effets pour l'avenir. Si l'on peut théoriquement diviser ses conséquences quant au passé, en refusant à l'un des époux ce que l'on accorde à l'autre (15), ce n'est pas possible pour l'avenir : dans cette mesure, la putativité est indivisible. La légitimité des enfants, en particulier, ne peut dépendre cumulativement de deux lois ; on ne peut absolument pas être l'enfant légitime de son père, mais l'enfant adultérin de sa mère (16)... Dans ces conditions, la loi des effets du mariage présente l'avantage — que Niboyet (17) qualifie de « pratique » — d'être « nécessairement commune aux deux époux... » (18).

Mais hors du domaine de ces conséquences indivisibles de la putativité, sa compétence s'impose aussi pour toutes les raisons que nous avons examinées de façon générale. S'il faut nécessairement une loi unique pour les effets du mariage putatif, cette loi ne saurait

(15) Voir l'hypothèse où un seul des époux est de bonne foi en droit interne français. On conçoit à la rigueur en droit international privé l'application distributive d'une loi A refusant la putativité à la femme, et d'une loi B l'accordant au mari...

(16) Tout au moins sur le plan de la filiation proprement dite. On peut admettre plus de souplesse lorsqu'il s'agit seulement d'aliments dûs en raison d'une filiation de fait. Le droit interne distingue les deux sortes de questions depuis la loi du 15 juillet 1955 (v. Civ., 8 déc. 1959, D., 1960.241, note J. Savatier ; Colmar, 20 déc. 1960, D., 1961.207 ; Paris, 2 févr. 1962, *J.C.P.*, 1962.II. 12583, D., 1962.521, note Malaurie) : un tiers peut être tenu de subvenir à l'entretien d'un enfant légitime qui vit avec ses parents, soit en vertu d'une promesse d'aliments, soit par application de l'article 342, § 2, du Code Civil. Le droit international privé a recueilli cette évolution et abandonné la formule suivant laquelle la demande d'aliments « implique nécessairement que le défendeur serait le père naturel de l'enfant » (Civ., 30 nov. 1938, *Nouv. Rev.*, 1938, p. 878). Ainsi, la Cour de cassation a déclaré au contraire que cette action était « distincte par nature de l'action d'état en recherche de « paternité » (Civ., 10 févr. 1960, *Revue*, 1961, p. 341, note Francescakis).

(17) Tome V, n° 1490.

(18) M. Weill, qui raisonne seulement sur le mariage putatif (note *J.C.P.*, 1956.II.9549), voit un simple avantage pratique à donner compétence à la loi des effets : l'unité de la législation applicable aux conséquences indivisibles de la putativité. C'est qu'il reste partisan de la compétence de la loi des conditions, parce que « l'entrée en jeu de la loi gouvernant les effets du mariage présuppose « l'existence juridique du mariage » (cf. *supra*, n° 330). Mais on comprend mal comment une considération essentiellement pratique peut donner un rôle, même subsidiaire, à la loi qu'écarte un argument aussi radical ... La faiblesse de la notion d'inexistence et les contradictions qu'elle entraîne apparaissent clairement ici. D'autre part, même si l'on surmonte cette contradiction, la thèse de M. Weill consiste à dire que la compétence de la loi gouvernant les effets dépend de l'existence d'effets survivant à la nullité. Nous pensons que c'est encore une fois mettre la charrue avant les bœufs. On ne peut dire, avant de connaître la loi applicable, s'il y a ou non des tempéraments à la nullité...

être que celle qui régit les effets du mariage valable. « Quoi de plus « légitime », écrit M. Holleaux (19), « et de plus équitable que de le « faire dépendre de la législation (qu'on tend de plus en plus à consi- « dérer comme devant être unique dans les mariages mixtes ...) qui « eût été compétente pour régir les effets de ce mariage s'il eût été « valable — qui, d'ailleurs, en fait, se trouve les avoir régis jusqu'au « jour où la nullité a été constatée judiciairement, et qui, de par « la fiction même sur laquelle la putativité repose, a vocation pour « continuer à les régir rétrospectivement et à de nombreux égards « pour l'avenir... ».

C'est qu' « on ne peut pas dissocier les effets du mariage valable « et les effets du mariage putatif... » (20). La solution doit être nécessairement étendue à tous les actes juridiques puisque, nous le savons, le mariage putatif n'est nullement une exception un peu monstreuse, mais au contraire le résultat normal du jeu de la nullité. Fondée sur des raisons qui, loin de ne convenir qu'à lui, se retrouvent identiques pour tous les autres actes juridiques, la compétence de la loi des effets n'est ici que l'expression d'un principe général : l'unité de la sanction.

SECTION II

LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LA LOI DE LA CONDITION VIOLÉE ET LA LOI DES EFFETS

353. — Ainsi, les principes juridiques commandent de répartir les différents aspects de la nullité entre les deux lois qui gouvernent respectivement la condition violée et les effets de l'acte. A la première, qui donne le principe de la nullité, il revient de définir les conditions de mise en œuvre du droit de critique. La substance de ce droit, c'est-à-dire les conséquences de la nullité, appartient à la seconde.

Contrairement à l'opinion communément répandue, les quelques décisions de jurisprudence qui ont dû résoudre ce problème ne sont pas inconciliables avec l'idée d'une telle répartition. Bien mieux, les solutions apportées par les tribunaux aux cas d'espèce qui leur ont été soumis pourraient parfaitement illustrer cette idée. Ceci nous apparaît d'autant plus remarquable que les motifs de certaines décisions récentes montrent que l'on a pensé consacrer la compétence exclusive de la loi de la condition violée...

Cet écart curieux entre ce que font les juges et ce qu'ils disent faire, oblige à passer en revue la jurisprudence (§ 1), afin de déterminer le domaine exact de chacune des lois en présence (§ 2).

(19) Note *Revue*, 1949, p. 100.
(20) NIBOYET, t. V, n° 1490.

§ 1. — Les positions de la jurisprudence.

354. — L'examen de la jurisprudence est assez décevant au premier abord : dans la plupart des arrêts, l'interprète ne trouve pas de direction claire ; aucune solution de principe.

De très nombreuses décisions anciennes sont inutilisables parce qu'elles ne posent même pas le problème en termes de conflit de lois (21). Il faut mettre également de côté les arrêts rendus dans des espèces où la même loi régit conditions et effets, ce qui était l'hypothèse de travail de nos premières explications (22) ; mais il faut faire place à certaines de ces décisions, dont les formules évoquent le rattachement de toute la nullité à la loi de la condition violée.

355. — C'est ainsi que l'arrêt de la Cour de Douai du 28 mars 1928 (23) affirme que « la nullité d'un mariage étant la conséquence « de l'inobservation d'un texte de loi, c'est le texte de la loi violée « qui détermine le caractère et les effets de la nullité, ainsi que les « personnes ayant qualité pour la faire prononcer... ».

Les particularités de l'espèce auraient pu donner à cette affirmation la portée considérable que peuvent en attendre les partisans d'une compétence exclusive de la loi violée. Il s'agissait du mariage conclu en France entre un Grec et une Française. Le mari était encore engagé dans une union précédente, toujours valable selon sa loi personnelle. Suivant cette loi, il était donc impossible de conclure le second mariage que la loi française régissait à tous autres égards.

356. — Il se trouve justement que la Cour n'a pas profité de ces circonstances. Sacrifiant à la notion d'inexistence, son arrêt écarte, au profit de la loi française, la loi grecque d'où procédait rationnellement la nullité (24). Il tient à préciser d'ailleurs « qu'au « cas particulier, c'est bien la loi française qui a été violée et qui « doit recevoir application... ». Si bien qu'en définitive, on est obligé de replacer la proclamation audacieuse de la Cour dans l'hypothèse où la même loi régit tous les aspects de l'acte litigieux. Son motif ne concerne plus que la loi française dont il est certain qu'elle définit les conditions et les conséquences de la nullité, dès lors qu'elle gouverne les conditions et les effets de l'acte. Il perd toute portée particulière quant à la question qui nous intéresse ici... (25).

(21) Cf. en particulier les arrêts rendus en matière de mariage putatif et cités par M. Holleaux (note *Revue*, 1949, p. 100), parmi lesquels l'arrêt, célèbre par ailleurs, de la Chambre civile du 8 janvier 1930 (D.P., 1930.1.51, *affaire Degas*).

(22) Ainsi : Civ., 11 juillet 1928, *Clunet*, 1931, p. 389, ou Civ., 8 janvier 1963, *Revue*, 1963, p. 109, note G. H.

(23) *Clunet*, 1929, p. 400.

(24) *Supra*, n° 272.

(25) Il n'était d'ailleurs question que de savoir si la première épouse du bigame défendeur avait qualité pour intenter l'action...

357. — Il en va de même en matière de mariage putatif, pour l'arrêt de la Chambre civile du 14 juin 1957 (26). Il s'agissait de l'union contractée en Tunisie entre un Français et une Tunisienne ; contrairement aux règles en vigueur dans la Régence, elle avait été célébrée en la forme locale. On plaidait sur la putativité. L'arrêt énonce « qu'il est vainement reproché à la Cour d'Appel de ne pas « avoir recherché si le droit applicable aux sujets tunisiens admettait « le mariage putatif ; qu'en effet, l'union contractée par Ettouhami, « citoyen français, était soumise aux conditions de validité exigées « par la loi française, d'où découlaient, en raison de sa violation, « la nullité du mariage, *comme les tempéraments* apportés à cette « nullité ». Là encore, l'affirmation est sans portée particulière, dans la mesure où précisément la loi française régissait à la fois la condition violée et les effets de l'acte (27)...

358. — Il reste un certain nombre de décisions rendues dans des affaires où la loi de la condition violée n'avait pas compétence pour régir les effets de l'acte. Indépendamment du problème précis qu'elles avaient à résoudre — (question relative à la mise en œuvre de la nullité ou question concernant l'étendue de ses conséquences) — nous les classerons suivant qu'elles paraissent avoir appliqué seulement la loi de la condition (B) ou selon qu'elles ont coordonné cette loi avec celle des effets (A) (28). C'est ensuite que nous aurons à voir dans quelle mesure ce classement correspond à la distinction des différents aspects de la nullité (§ 2).

(26) D., 1957.557, *Ettouhami*.

(27) Les effets du mariage d'un Français et d'une Tunisienne relèvent en effet du Code civil, d'après les règles en vigueur à l'époque du protectorat. C'est seulement en rapprochant les motifs de cet arrêt avec ceux d'autres décisions contemporaines que l'on peut voir dans ces motifs l'arrière-pensée que nous combattons (v. en particulier l'*arrêt Moreau* du 6 mars 1956, *infra*, n° 366). Il va sans dire qu'une telle arrière-pensée est absente de l'arrêt de la Cour de Douai du 28 mars 1928.

(28) Le jugement du Tribunal civil de Grenoble du 7 mai 1958 (*Gaz. Pal.*, 13 août 1958, *Venturi*) paraît devoir échapper à toute espèce de classification et doit, à notre avis, être écarté du débat. S'agissant d'une action en nullité de mariage dirigée par un Italien contre sa femme anglaise, le Tribunal déclare appliquer la loi française du domicile conjugal à tous les aspects de la nullité.

Aux yeux des juges de Grenoble, les décisions de la Cour Suprême qui soumettent à la loi du domicile le divorce d'époux de nationalités différentes sont le signe d'une évolution jurisprudentielle dont l'aboutissement doit être la soumission du « statut des familles à une loi unique ». Cette loi sera celle du domicile, car les époux « en se fixant dans un pays étranger ... ont par là même « accepté de soumettre leur mariage et ses conséquences à la loi de ce pays... ».

Ainsi, le mariage se trouve être soumis à la même règle de conflit que le régime matrimonial : il est traité comme un contrat rattaché à la loi d'autonomie. C'est une doctrine audacieuse, qui sort complètement des cadres où nous raisonnons. Le jugement ne peut donc pas être classé avec les décisions qui cherchent à respecter ces cadres.

A. — *Décisions qui coordonnent la loi de la condition violée et la loi des effets.*

359. — C'est en matière de mariage, mais s'agissant de deux sortes de problèmes bien distincts, que la jurisprudence a le plus nettement appliqué la loi des effets à certains des aspects d'une nullité dont le principe demeurait soumis à la loi des conditions. Les décisions les plus anciennes concernent l'application de l'article 196 du Code civil français. Des décisions relativement récentes sont intervenues en matière de putativité.

a) L'article 196 du Code civil.

360. — L'article 196 du Code civil concerne les nullités de forme qui peuvent atteindre le mariage (29). Lorsqu'un acte de célébration a été dressé et qu'il peut être présenté, le fait pour les époux, de se comporter comme des gens mariés et d'être considérés comme tels par le public les prive du droit de critique. « Ils sont respectivement « non recevables à demander la nullité de cet acte » et la jurisprudence a toujours considéré que par « acte » il fallait entendre non pas seulement l'*instrumentum*, mais le mariage lui-même

Conformément aux principes, cette disposition sur la nullité ne peut être appliquée que là où la loi française est compétente pour régir l'acte. C'est ainsi que les tribunaux écartent l'article 196 de la nullité du mariage de deux étrangers, célébré à l'étranger, et par conséquent régi à tous égards par une loi étrangère (30).

Mais ils ont dû se prononcer surtout sur des mariages entièrement français, célébrés à l'étranger. Dans ces affaires, la loi française règle les questions de fond — conditions et effets — mais non les questions de forme. Cependant, une série de décisions a pu opposer aux nullités de forme résultant de la loi étrangère la fin de non recevoir de l'article 196 (31). C'est rattacher indiscutablement cet article à la loi qui régit les effets de l'acte.

361. — Quel est en effet ici le titre de la loi française ? Elle n'intervient évidemment pas en tant que loi des conditions de fond

(29) Article 196 : « Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration « du mariage devant l'Officier d'état civil est représenté, les époux sont respec- « tivement non recevables à demander la nullité de cet acte ».

(30) En particulier, la Chambre des requêtes, le 9 mai 1905 (*Revue*, 1905, p. 349) a prononcé la nullité pour vice de forme du mariage célébré en Autriche par un rabbin, entre un sujet russe et une Autrichienne, tous deux de confession israélite : la célébration n'avait pas été précédée des trois bans rituels, ni suivie de la transcription sur le registre de la synagogue, formalités imposées par la loi autrichienne. La Cour déclare l'article 196 inapplicable à la cause. Rappr. Paris, 15 mai 1931, *Clunet*, 1932, p. 713.

(31) On a débouté de sa demande celui des deux époux français qui arguait de nullité le mariage célébré au Brésil en une forme religieuse locale irrégulière : Req., 26 juillet 1865, D.P., 1865.1.493. Cf. Douai, 5 décembre 1904, *Revue*, 1906, p. 189 et Paris, 13 mars 1954, *Clunet*, 1954, p. 954.

qu'elle règle par ailleurs, puisque l'article 196 concerne seulement les questions de forme. Mais elle n'intervient pas davantage au titre des conditions de forme, puisqu'elles sont définies par une loi étrangère.

Sans doute l'article 196 a-t-il été opposé à l'encontre de nullités de mariage célébrés à l'étranger lorsque les formalités de publicité imposées par l'article 170 n'avaient pas été respectées. Il s'agit alors d'une règle de forme portée par la loi française, et Niboyet (32) cherche à ramener à cette hypothèse les décisions qui ont appliqué l'article 196 à des mariages de Français célébrés à l'étranger. « En « fait, écrit-il, la plupart des décisions intervenues concernent des « unions qui tombaient sous le coup des articles 170 et 191, c'est-à- « dire atteintes de clandestinité, parce que son extention sur la base « du statut personnel des époux n'aurait plus aucune justification ».

C'est méconnaître que l'article 170 ne contient pas seulement une disposition matérielle imposant au Français qui va se marier à l'étranger une publicité spéciale. Il porte également et surtout une règle de conflit : le Français doit d'abord satisfaire aux règles de forme locales. Et si beaucoup de décisions, en effet, ont appliqué l'article 196 dans des espèces où les publications spéciales des articles 170 et 63 avaient été omises, la Cour suprême n'hésite pourtant pas à dire expressément que cet article s'oppose également aux vices de forme résultant d'une loi étrangère.

« Attendu en droit que de la combinaison des articles 170, 183, « 196, 321 du Code civil il résulte que : 1) le mariage contracté en « pays étranger entre Français et entre Français et étranger est va- « lable s'il a été célébré *dans les formes usitées dans le pays* ; 2) que « lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration du ma- « riage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont « respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte... », déclare la chambre des requêtes le 4 juin 1845 (33) ; elle précise, dans un arrêt du 18 novembre 1853 (34), « que si l'article 196, « prévoyant le cas le plus ordinaire, ne parle que de la représentation « de l'acte passé devant l'officier d'état civil, il ne saurait exclure « l'acte constatant régulièrement le mariage contracté entre « Français en pays étranger *dans les formes usitées dans le pays*, « puisque ce mariage est déclaré valable par l'article 170 du Code « Napoléon ».

Dans ces conditions, les décisions rendues dans des affaires où le défaut des publications exigées par la loi française n'était pas invoqué, mais bien le seul vice de forme selon la loi locale étrangère prennent toute leur valeur (35) : puisque la loi française ne régit pas la forme et que l'article 196 n'a rien à voir avec les conditions de fond qu'elle définit par ailleurs, cet article ne peut intervenir qu'au titre de la loi qui régit les effets du mariage.

(32) Tome V, n° 1488.
(33) D.P., 1845.1.307.
(34) D.P., 1854.1.420.
(35) Req., 26 juillet 1865 et Douai, 5 décembre 1904, précité.

362. — On trouvera la confirmation de cette interprétation dans un arrêt de la Cour de Paris du 3 août 1898 (36). S'agissant du mariage de deux étrangers, célébré à l'étranger, la loi française n'intervenait à aucun titre dans sa formation : elle n'en régissait ni le fond ni la forme, également soumis à la loi étrangère. Cependant l'article 196 a pu jouer à l'encontre de la nullité de forme invoquée par l'un des époux, parce que le ménage était devenu français dans l'intervalle : la loi française en régissait donc les effets à partir du changement de nationalité (37).

Sans doute s'agit-il d'une jurisprudence ancienne, dont la motivation, bien qu'énergique, se limite à des affirmations sur le champ d'application des textes. On y chercherait vainement l'énoncé d'une doctrine. Les quelques décisions relatives au mariage putatif sont beaucoup plus récentes et plus profondément motivées.

b) Le mariage putatif.

363. — Il s'agit tout d'abord de deux décisions rendues successivement par le Tribunal de la Seine (38) et par la Cour de Paris (39) dans la célèbre *affaire Moreau*. Ces juridictions ont posé fermement le principe d'une coordination de la loi de la condition et de la loi des effets, même si les circonstances de l'espèce n'ont pas permis de rendre cette coordination effective.

Le Commandant Moreau, officier français en poste à Damas,

(36) *Clunet*, 1898, p. 100. Rappr. la motivation du jugement du Tribunal de la Seine du 15 mars 1932 (D.P., 1934.2.75, *Clunet*, 1935, p. 647). Il s'agissait du mariage de deux Guatémaltèques, célébré devant leur consul à Paris en violation de la loi nationale. Le Tribunal refuse d'appliquer l'article 196, la seule loi du Guatémala régissant tous les aspects du litige. Mais les parties ont invoqué le renvoi effectué par cette loi à la loi française. Le Tribunal répond que la loi personnelle ne vise par le renvoi « que les formes de la célébration du mariage, et « *non point les exceptions touchant au fond du droit*, comme la posses- « sion d'état, et de nature à faire échec à la demande en nullité de mariage ». Voir sur ce point les formules de Bartin, II, § 266, p. 129, 130.

(37) La contre-épreuve absolue serait sans doute le refus d'appliquer l'article 196 dans une espèce où la loi française ne régit que la forme. Ce serait le cas du mariage de deux étrangers célébré en France en violation de la forme française. Nous n'avons malheureusement pas trouvé de jurisprudence explicite sur ce point. Il existe un motif contraire dans le jugement du Tribunal de la Seine du 6 décembre 1949 (D., 1950.103 ; *J.C.P.*, 1950.II.5299, note J. M.). Il s'agissait de deux étrangers mariés en France, qui invoquaient la nullité de la célébration pour clandestinité. Après avoir jugé qu'il n'y avait pas eu en réalité de clandestinité, le jugement ajoute : « qu'en supposant même clan- « destin leur mariage, les époux Berger ne seraient pas, en vertu de l'article 196, « recevables à relever le moyen de nullité, d'ailleurs facultatif, puisqu'ils ont « la possession d'état d'époux ». Ce motif surabondant se rattache à la doctrine proposée sur ce point par Lerebours-Pigeonnière, *Précis de Droit international privé*, n° 324, p. 414, note 7 : l'article 196 s'applique, selon cet auteur : 1) lorsque la loi française régit les formes, comme en l'espèce ; 2) lorsqu'elle régit le fond, conditions ou effets. On rapprochera cette position de celle par laquelle le même auteur soumet la détermination des titulaires de la nullité de forme à la loi personnelle. *Précis*, n° 326. C'est dire qu'il subordonne en tout les exigences de forme aux exigences de fond. Voir *infra*, n° 378 et note 77.

(38) 22 décembre 1948, *Revue*, 1949, p. 100, note G. H.

(39) 15 février 1950, *Revue*, 1950, p. 420, note Loussouarn.

dont la très légitime épouse était restée en France, s'est néanmoins uni en la forme locale à une Syrienne qui ignorait tout de son état matrimonial. Après la mort de Moreau, les deux épouses ont dû plaider, la première arguant de nullité le mariage syrien, la seconde invoquant le bénéfice de la putativité. Or, si la loi française connaît cette institution, en Syrie la loi applicable l'ignorait. Mme Moreau première en titre, déniait donc à sa rivale la qualité d'épouse putative en lui opposant sa loi personnelle syrienne, selon laquelle le mariage était anéanti sans remède par la bigamie du mari français.

Le Tribunal lui a donné tort en appliquant la loi française.

Mais il a tenu à préciser que cette loi n'intervenait pas en tant que loi qui définit la condition de monogamie violée par le mari. Pour le Tribunal, la loi française est ici compétente parce qu'elle régit les effets du mariage en tant que loi « personnelle du mari, chef du ménage ». « En effet », précise le jugement, « le mariage « putatif tel que le qualifie le droit français n'est autre chose qu'une « fiction de validité du mariage, et doit de ce fait, d'après la loi « française de conflit, être nécessairement régi par la loi même à « laquelle seule seraient soumis les effets de ce mariage s'il était « effectivement valable... ». On reconnaît le principe même que nous avons trouvé dans Niboyet et qui s'harmonise si bien avec l'unité de la sanction.

364. — Sur appel, la Cour de Paris reprend ce même principe en insistant sur les nécessités concrètes qui lui paraissent l'imposer et que nous avons effectivement reconnues : l'unité du lien conjugal, particulièrement nécessaire en ce qui concerne le statut des enfants communs, impose une loi unique pour en régir les effets, et l'arrêt estime avec les premiers juges que cette loi est celle du mari, chef de famille. Dans ces conditions, il n'y a pas à distinguer selon que le mariage est valable ou nul. « Attendu, dit la Cour, ... qu'il en est « ainsi non seulement si le mariage est valable, mais encore s'il « s'agit d'un mariage putatif ; qu'alors en effet la fiction bienveillante « de la loi fait que l'union dissoute se survit à elle-même et qu'ici « encore il convient d'assurer la même protection au groupe familial « qui subsiste » ; elle ajoute un argument qui vaut de façon générale contre la compétence de la loi de la condition : « préférer la loi de « l'époux de bonne foi aboutirait à une impasse dans le cas que prévoit « le Code civil lui-même (art. 201) où les conjoints seraient tous deux « de bonne foi ; qu'il se pourrait que les enfants fussent légitimes « d'après une loi et illégitimes d'après l'autre, sans qu'aucun critère « pût permettre de faire prévaloir celle-ci ou celle-là » (40).

(40) On rapprochera des deux décisions rendues par les juges du fond dans l'*affaire Moreau* l'arrêt de la Cour de Paris du 16 décembre 1959 (*Gaz. Pal.*, 1960.1.116, *Lambrino*). Le mariage litigieux était celui contracté par le Prince Carol de Roumanie avec une danseuse, en violation de la loi roumaine dont les règles de publicité avaient été « ignorées » par les deux époux. La Cour, saisie de l'exequatur d'un jugement portugais qui admet la putativité du mariage au regard de l'enfant commun, Mircéa Lambrino, déclare « qu'il convient « ... de relever que la décision dont s'agit a appliqué à bon droit, conformément

La première Mme Moreau se pourvut en cassation. L'arrêt de rejet du 6 mars 1956, en même temps qu'il lui donnait définitivement tort, en approuvant les juges du fond, constitue la seule décision qui puisse, en ce domaine, introduire en droit positif la compétence de la loi de la condition violée. Mais avant d'en étudier la motivation très particulière, il faut citer le jugement rendu entretemps, le 31 mars 1952, par le Tribunal de la Seine (41).

365. — Il s'agissait de la nullité du mariage, célébré en France par le consul d'Egypte, entre une Française et un Egyptien, en violant par conséquent les règles de la loi française qui impose la forme locale pour les mariages mixtes. Tandis que dans l'*affaire Moreau* la loi française de la condition violée gouvernait également les effets selon le Tribunal et la Cour de Paris, elle ne régissait ici que les conditions de forme (42). C'est une loi étrangère qui définissait les effets, c'est-à-dire, aux yeux du Tribunal et suivant la même doctrine que dans l'*affaire Moreau*, la loi du mari chef de famille. C'était désigner la loi égyptienne, dont les vues sur la putativité n'ont rien à voir avec les nôtres.

Le jugement n'hésite pas à appliquer le même principe que dans l'*affaire Moreau* et il lui faut ainsi coordonner effectivement la loi française de la condition violée, qui donne le principe de la nullité (43), et la loi égyptienne des effets du mariage, qui définit l'étendue de cette nullité. Or, la loi égyptienne ignore le mariage putatif. Par contre, elle considère les enfants issus d'un mariage nul comme aussi légitimes que ceux d'une union valable. Le Tribunal distingue donc entre la situation des époux à qui il refuse le bénéfice de la putativité sans rechercher s'ils étaient ou non de bonne foi (44) et la situation des enfants qu'il déclare légitimes (45).

« au système français de conflit, la loi roumaine, loi nationale des époux et loi « régissant en même temps les effets du mariage annulé ».

(41) *Revue*, 1952, p. 330, note Batiffol ; *J.C.P.*, 1953.II, n° 7687.

(42) Et les conditions de fond concernant la femme, mais en l'espèce ces conditions n'étaient nullement violées...

(43) « Sur la nullité du mariage ... attendu que M. le Consul d'Egypte à « Paris n'avait ... aucune compétence pour célébrer le mariage entre un Egyp- « tien et une Française, et qu'il échet en conséquence, de déclarer nul le mariage « entre Hassan Fouad Izzet et Danièle Rolande Depallier, célébré à Paris le « 18 décembre 1948... ».

(44) « Sur les effets du mariage, à l'égard de Hassan Fouad Izzet ; attendu « que la législation égyptienne constituant le statut personnel du demandeur ... ne « connaît pas l'institution du mariage putatif au profit de l'époux de bonne foi « au cas où un mariage est déclaré nul ... attendu qu'on ne saurait en faire « application à Hassan Fouad Izzet ... sans méconnaître la portée de son statut « personnel ... attendu qu'il est dès lors sans intérêt ... de rechercher si en fait « les époux ou l'un d'eux étaient de bonne foi ...». Le jugement ajoute, il est vrai : « ... comme de rechercher en droit si le bénéfice du mariage putatif est « soumis à la loi personnelle du mari ou si ... il faut examiner séparément le « statut personnel de chacun de ceux qui peuvent s'en prévaloir ... ». Ce qui tend à limiter la portée de l'application de la loi des effets à ceux qui sont absolument indivisibles...

(45) « Sur les effets du mariage à l'égard des enfants ; attendu que la légis- « lation égyptienne en cas d'annulation du mariage reconnaît la qualité d'enfants

Le jugement est donc l'exemple le plus clair d'ajustement entre la loi de la condition violés et la loi qui régit les effets. Mais il nous faut examiner maintenant les décisions qui paraissent appliquer seulement la loi de la condition violée.

B. — *Décisions appliquant seulement la loi de la condition violée.*

366. — L'arrêt le plus marquant dans ce domaine est sans conteste celui rendu dans l'*affaire Moreau* le 6 mars 1956 (46). Les juges du fond avaient expressément soumis la putativité à la loi française parce qu'étant la loi du mari chef de famille, elle régissait les effets du mariage. La Cour suprême rejette le pourvoi, mais en substituant à ce motif une formule qui change complètement le titre de compétence de la loi française. En énonçant que les effets de la putativité « sont « ceux de la loi française *d'où résulte la nullité* du mariage et qui « en régit les conséquences comme les tempéraments qu'elle y « apporte », la Chambre civile l'applique à titre de loi de la condition violée.

Lorsque la Cour suprême, sans casser un arrêt dont elle maintient la solution, éprouve le besoin d'en modifier les motifs, c'est qu'elle entend imposer à la jurisprudence une règle clairement définie, qui est certaine à ses yeux : elle met les juridictions inférieures en garde contre la cassation des décisions qui ne s'y conformeraient pas.

Cependant on peut douter que la Cour de cassation ait éprouvé ici une telle certitude quant au principe qu'elle énonce pour remplacer celui de la Cour de Paris.

On a pu remarquer qu'en effet la force de ce principe est immédiatement brisée par la formule qui l'accompagne : le motif de pur droit est « *substitué en tant que de besoin* à celui critiqué par le pourvoi « et se référant à la loi du mari chef de la famille ». L'« en tant que de besoin », ainsi que le souligne M. Francescakis (47), dans l'importante note qu'il consacre à l'arrêt atténue la critique faite au juge du fond : celui-ci se trompe, sans doute, mais la Chambre civile reconnaît qu'il se trompe en quelque sorte avec raison. Mais alors, une telle précaution surprend : la Cour suprême semble hésiter à

« légitimes aux enfants issus de cette union ... que se trouvent réunies toutes les « conditions exigées par la loi égyptienne pour que l'enfant ait cette qualité « d'enfant légitime nonobstant la nullité du mariage de ses parents ; attendu « que les effets du mariage sont régis par la loi nationale du mari ; attendu que « cette solution admise dans le système français de conflit de lois est nécessaire « pour éviter une dualité de statuts inconciliables dans une même union ; attendu « qu'elle demeure vraie lorsque le mariage est annulé ; attendu que l'unité « nécessaire du statut matrimonial n'est pas limitée au cas où le mariage entre « dans la classe des mariages putatifs tels que définis par le droit français interne ; « attendu qu'il convient d'appliquer également les effets du mariage nul reconnus « par une loi étrangère applicable en vertu des règles générales de conflit... ».

(46) *Revue*, 1956, p. 305, note Francescakis ; D., 1958.709, note Batiffol ; *J.C.P.*, 1956.II.9549, note Alex Weill.

(47) *Revue*, 1956, p. 305.

formuler un principe qu'elle n'était, après tout, pas tenue d'énoncer, puisque de toutes façons l'arrêt d'appel devait être maintenu.

367. — La chose s'explique si l'on replace cet arrêt dans un certain contexte historique. Entre l'arrêt de la Cour de Paris du 15 février 1950 et celui qui nous occupe, la Chambre civile a rendu deux décisions qui marquent une étape importante de sa jurisprudence, en soumettant expressément le divorce d'époux de nationalités différentes (48) à la loi de leur domicile commun. Or il est certain, et les arrêts postérieurs l'ont confirmé, que, pour la Cour de cassation, le divorce relève de la loi applicable aux effets du mariage (49) dont ces deux décisions viennent par conséquent préciser l'élément de rattachement.

Si bien qu'en réalité la censure opérée par l'*arrêt Moreau* du 6 mars 1956 porte sans doute sur l'affirmation de la compétence de la loi des effets en matière de mariage putatif, mais surtout sur la détermination de cette loi. Ce qui est reproché à la Cour de Paris, c'est essentiellement d'avoir jugé que les effets du mariage dépendent de la loi du mari : la Chambre civile le dit en toutes lettres (50). On comprend alors la précaution prise à l'égard de l'arrêt d'appel : la Cour de Paris peut d'autant moins se voir reprocher la loi du chef de famille que son arrêt précède de trois ans la « découverte » de l'*arrêt Rivière* qui, d'ailleurs, marque lui-même une certaine hésisation entre le domicile commun et la loi du mari (51). C'est seulement dans l'*arrêt Lewandowski* du 14 mars 1955 que la loi du domicile est invoquée purement et simplement pour casser une décision fondée sur la loi du mari...

368. — Mais on comprend aussi l'hésitation de la Chambre civile : reprendre purement et simplement le principe de l'arrêt *Rivière*, même en ménageant la Cour d'appel, ou plus exactement n'appliquer que ce principe, c'est inévitablement casser une décision qui se présente avec en sa faveur tout le poids de l'équité ; la cassation, suivie d'une application de la loi du domicile, risquait de donner compétence à la loi syrienne (52) et, par conséquent, de faire refuser le bénéfice de la putativité à la deuxième Mme Moreau, victime innocente des agissements du Commandant.

Ce sont là des conséquences bien graves. Or le droit jurisprudentiel

(48) Civ., 17 avril 1953, *Revue*, 1953, p. 412, *Rivière*, et Civ., 15 mars 1955, *Revue*, 1955, p. 320, *Lewandowski*.

(49) Cf. Civ., 19 février 1963, *Revue*, 1963, p. 554, *Chemouny*, note Holleaux.

(50) « ... Motif de pur droit substitué en tant que de besoin à celui critiqué « par le pourvoi et *se référant à la loi du mari chef de famille...* ».

(51) « ... C'est à bon droit que la Cour d'Appel a décidé que leur divorce « était régi par la loi du domicile, qui se trouve être, *au surplus*, identique à « la loi personnelle du mari et à la loi du for ».

(52) La loi syrienne est en réalité un système juridique interpersonnel. L'application de la loi du domicile entraînerait en l'espèce la résolution d'un conflit interpersonnel extrêmement délicat... Cf. Francescakis, note précitée, *Revue*, 1956, p. 308.

se forme par étapes, au hasard des espèces, et ses principes ne révèlent que peu à peu toutes leurs implications. Celui qui rattache depuis l'*arrêt Rivière* les effets du mariage mixte au domicile commun n'échappe pas à la règle : énoncée presque timidement en 1953, à propos du divorce ; réitérée avec force, mais dans le même domaine en 1955, la règle de conflit nouvelle, dont une partie importante de la doctrine combat encore l'extension à tous les effets du mariage (53), a pu paraître bien récente pour être appliquée dès 1956 au mariage putatif. Il n'est donc pas interdit de voir également dans l'« en tant que de besoin » une allusion à ces considérations, qui font de l'*arrêt Moreau*, au lieu de l'arrêt de principe auquel fait penser d'abord la substitution des motifs, un simple arrêt d'espèce (54) : le motif substitué fait surtout preuve du désir de la Cour suprême d'éviter une décision inéquitable par application d'une règle de droit encore trop peu mûrie ; il ne saurait suffire à fonder en droit positif la compétence exclusive de la loi de la condition violée (55).

369. — Il serait pourtant vain de se dissimuler l'influence qu'a pu avoir ce motif sur certaines décisions postérieures. Repris sans autres précision par l'arrêt du 14 juin 1957 *Ettouhami* (56), nous avons vu qu'il n'y avait pas de portée déterminante, puisque, au contraire de l'espèce *Moreau*, la même loi régissait condition violée et effets. Par contre, un jugement du Tribunal de la Seine, du 6 mars 1957 (57), rendu dans les mêmes circonstances à propos de la célèbre affaire de la succession du Roi Carol de Roumanie, a cru bon de préciser que « selon les règles de droit international privé « français, les effets de mariage annulé sont régis par la loi qui « a entraîné la nullité ; que c'est donc la loi roumaine, au surplus « loi nationale du demandeur, du Roi défunt et des défendeurs, qui « était compétente pour déterminer à l'égard de Mircéa Lambrino les « conséquences juridiques de l'annulation du mariage de ses parents... »

C'est se placer expressément dans la perspective que nous combattons (58). Mais on rappellera que dans cette même affaire, la Cour de Paris a repris non mois expressément le principe de la soumission du mariage putatif à la loi des effets (59), et que dans son arrêt du 8 janvier 1963 (60), la Cour de cassation n'a pas cru bon de la re-

(53) Cf. Ph. Francescakis, « Une extension discutable de la jurisprudence *Rivière*, l'application de la loi du domicile commun à la filiation légitime », *Clunet*, 1956, p. 254.

(54) Francescakis, note *Revue*, 1956, p. 313.

(55) L'examen de l'*affaire Lambrino* confirme cette impression. L'arrêt précité de la Cour de Paris (16 décembre 1959, *Gaz. Pal.*, 1960.1.116) appliquait la loi roumaine en tant que loi des effets. L'arrêt de rejet du 8 janvier 1963 (*Revue*, 1963, p. 109, note G.H.) n'éprouve aucunement le besoin de rectifier ces vues par une substitution de motifs...

(56) D., 1957.557.

(57) *Clunet*, 1957, p. 744, *Lambrino*.

(58) Voir note G.H., *Revue*, 1963, p. 114.

(59) Paris, 16 décembre 1959, *Gaz. Pal.*, 19 février 1960.

(60) *Revue*, 1963, p. 109, note G.H.

prendre sur ce point, en opérant par exemple une substitution de motifs identique à celle de l'*arrêt Moreau*.

370. — S'il est permis de douter fortement que l'*arrêt Moreau* soit un argument décisif quant à la compétence de la loi de la condition violée en matière de mariage putatif, cette compétence paraît au contraire fermement établie en matière de prescription de l'action en nullité.

On ne peut interpréter autrement l'arrêt de la Chambre civile du 25 juin 1957 (61), bien qu'il se borne à appliquer la loi de la condition violée sans autrement s'expliquer sur ses mérites ; il s'agissait du contrat par lequel, sous l'empire d'une grave dépression nerveuse, une Italienne donnait un immeuble situé en Tunisie. Revenue à une lucidité complète et voyant sous un jour nouveau sa libéralité, la donatrice en avait contesté la validité en invoquant le trouble de ses esprits à l'époque du contrat. Conformément à sa jurisprudence antérieure (62), la Cour de cassation qualifie ce dérangement intellectuel d'incapacité naturelle, pour le rattacher à sa loi personnelle italienne. Or la loi italienne, souverainement interprétée par les juges du fond, enferme l'action en nullité pour incapacité dans un délai de deux ans, largement écoulé lors de l'introduction de l'instance. La demanderesse a donc été déboutée. A vrai dire, la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi dont tout l'effort tendait à établir que la dépression nerveuse relevait du statut contractuel en tant que vice du consentement, n'a pas eu à se prononcer directement sur le rattachement de la prescription...

371. — Mais les décisions les plus importantes sont celles auxquelles a donné lieu l'interminable *affaire Patino*.

Le contrat de mariage des époux Patino était vicié par l'incapacité de la femme dont le statut personnel relevait au moment du mariage, de sa loi nationale espagnole. Ce contrat était expressément soumis à la loi bolivienne, loi personnelle du mari, et future loi nationale de l'épouse. Or la loi bolivienne, qui régissait par conséquent les effets du mariage (63), édicte en la matière une prescription de dix ans, tandis que la loi espagnole connaît seulement la prescription trentenaire. Les tribunaux devaient donc décider si la prescription de l'action en nullité relève de la loi espagnole qui pose la condition violée, ou au contraire de la loi bolivienne des effets du contrat.

Le Tribunal de la Seine (64), la Cour de Paris (65) et la Chambre civile de la Cour de cassation (66) ont expressément rattaché la prescription à la loi espagnole. Mais alors, ils devaient trancher une deuxième question : sachant que Mme Patino est devenue bolivienne

(61) *Revue*, 1957, p. 680, note Batiffol
(62) Req., 26 décembre 1934, *Clunet*, 1936, p. 166.
(63) Ainsi que les conditions de fond autres que celles de capacité...
(64) 17 octobre 1956, *Gaz. Pal.*, 1957.I.42.
(65) 1er juillet 1959, D., 1959.456, note Malaurie.
(66) 15 mai 1963, *Revue*, 1964, p. 506, note P. Lagarde.

par son mariage, si la loi personnelle régit la prescription de l'action en nullité pour incapacité, quelle loi faut-il appliquer lorsque, par le changement de nationalité, la loi personnelle a changé ? Le conflit dans l'espace se complique d'un conflit mobile (67). Là encore, compétence a été donnée à la loi espagnole et le même motif fonde les deux solutions : « c'est à bon droit, estime la Chambre « civile, que les juges du fond ont décidé que l'inobservation des « conditions de capacité nécessaires à la validité d'un contrat de « mariage demeure à tous égards soumise à la loi sous l'empire « de laquelle il a été conclu ; que le changement ultérieur du statut « personnel de la partie incapable, non plus qu'aucune considération « tirée de la loi régissant pendant le mariage l'union conjugale, ne « peuvent avoir pour effet de modifier les conditions de fond de la mise « en œuvre de la nullité encourue, cette mise en œuvre, et notamment « la prescription de l'action destinée à la faire valoir, formant avec « l'incapacité originaire et sa sanction un ensemble indissociable, « soumis à une unique loi... ».

C'est donc, aux yeux de la jurisprudence, qu'un lien trop étroit pour être dissocié unit le délai de prescription au principe même de la nullité. La solution est clairement affirmée, soigneusement expliquée. Il est même précisé que la loi de la condition violée régit la prescription parce qu'elle régit les conditions de mise en œuvre de la nullité (68).

372. — On remarquera que le même principe résout ici le conflit dans l'espace et le conflit mobile. Les règles du droit transitoire interne, que l'on étend en général à la matière du conflit mobile, tendraient plutôt à rendre compétente la loi nationale nouvelle (69).

Or, le viel *arrêt de Viry*, soigneusement motivé, semble bien avoir appliqué la loi nouvelle dans un conflit résultant de l'annexion de la Savoie à la France (70). Il s'agissait d'une action en nullité fondée sur une loi étrangère et une cause inconnue du droit français. La Cour déclare « que la loi postérieure peut subordonner la rece- « vabilité de l'action en nullité de mariage à des conditions nouvelles « de délais ou de diligence dépendant de la volonté des parties... » Elle prend soin de constater que de telles conditions n'existent pas, selon la loi française, pour déclarer l'action recevable.

Abstraction faite de considérations dépassées quant à l'imprescriptibilité de l'action fondée sur une nullité absolue, le raisonnement est solide.

373. — Il reste à ordonner toute cette jurisprudence : à en donner une interprétation cohérente qui éclaire les domaines respectifs de la loi de la condition violée et de la loi des effets.

(67) Voir note P. Lagarde, *Revue*, 1964, p. 508 et s.

(68) « ... Notamment la prescription... ».

(69) Voir Req., 25 janvier 1858, D.P., 1858.1.109 ; Com., 3 mai 1954.437. Rappr. Com., 17 mars 1952, D., 1952.359. A vrai dire nous n'avons pas trouvé de décision claire concernant la prescription de l'action en nullité.

(70) Chambéry, 7 février 1885, D.P., 1885.1.241. *Clunet* 1888, p. 797.

§ 2. — Domaines respectifs de la loi de la condition violée et de la loi des effets

374. — Un certain nombre de points paraissent à l'heure actuelle assez fermement fixés dans la jurisprudence.

En premier lieu, la prescription de l'action en nullité est régie par la loi de la condition violée. Dégagé dans l'*affaire Patino*, le principe vaut à la fois pour les conflits de lois proprement dits et pour les conflits mobiles. Par contre, on peut se demander si le vieil *arrêt de Viry* ne garde pas sa valeur : en soumettant la prescription à la loi des effets, c'est-à-dire à la loi nouvelle de l'Etat annexant, il soulignerait que les conflits d'annexion ont avec le droit transitoire un rapport plus direct que les conflits mobiles (71)...

Mais en second lieu, la fin de non recevoir édictée par l'article 196 du Code civil relève de la loi des effets. Cela ne fait pas de doute lorsqu'une loi étrangère régit les conditions de forme. Seul un motif surabondant du jugement précité du 6 décembre 1949 (72) pourrait faire douter que la solution s'étende au cas où la loi française régit seulement les règles de forme (73).

En troisième lieu, la putativité est régie par la loi des effets du mariage : presque tous les arrêts rendus en cette matière portent des décisions compatibles avec ce principe ; d'autre part, dans les espèces où la nécessité s'en est fait directement sentir, les tribunaux ont expressément énoncé qu'ils appliquaient cette loi des effets et pourquoi ils l'appliquaient. L'*arrêt Moreau* de la Cour de cassation est le seul qui contredise vraiment cette jurisprudence ; mais nous avons vu qu'il s'agit avant tout d'un arrêt d'espèce.

Enfin il est permis de lire dans l'*arrêt Patino* la soumission de principe des conditions de mise en œuvre de la nullité à la loi violée : la règle appliquée à la prescription apparaît comme une conséquence de cette soumission. Par contre, si dans ce même arrêt figure la formule d'après laquelle « *la sanction* de l'inobservation des condi- « tions de capacité nécessaires à la validité d'un contrat de mariage « demeure *à tous égards* soumise à la loi sous l'empire de laquelle « il a été conclu... », on n'en devra nullement conclure à l'application exclusive de la condition violée à tous les aspects de la nullité. Cet arrêt ne soumet-il pas le régime légal, qui est la conséquence essentielle de la nullité du contrat de mariage, à une autre loi que la loi espagnole qui définit la condition de capacité violée ?

375. — L'analyse fait apparaître que, loin d'exprimer la contradiction des deux thèses opposées que nous avons étudiées au début de nos explications, la jurisprudence effectue au contraire la répar-

(71) Cf. H. Batiffol, *Traité*, n° 321.
(72) D., 1950.103.
(73) *Supra*, n° 360.

tition, entre les deux lois qui régissent l'acte litigieux, de chacun des problèmes qu'elle a dû résoudre. On constate que, pour deux de ces problèmes, cette répartition est sensiblement celle que nous avions pressentie : on ne peut douter, depuis l'*arrêt Patino*, que les conditions de mise en œuvre de la nullité, dont la prescription, relèvent de la loi de la condition violée ; nous pensons pouvoir affirmer d'autre part que dans la mesure où elle soumet le mariage putatif à la loi des effets, la jurisprudence consacre les raisons qui fondent un rattachement général des conséquences de la nullité à cette loi : les décisions très nettes rendues en ce sens par des juridictions inférieures (74) nous paraissent balancer suffisamment deux arrêts équivoques de la Cour suprême (75).

Mais les solutions données à propos de l'article 196 du Code civil paraissent rompre le symétrie du tableau qui se dessine ainsi. La fin de non recevoir fondée sur la possession d'état concerne manifestement l'organisation de la mise en œuvre de la nullité. Elle appartient aux conditions de cette mise en œuvre au moins autant que la prescription. Pourtant, elle est indiscutablement rattachée à la loi qui régit les effets de l'acte, et l'on peut s'étonner qu'une solution ancienne contredise aussi formellement la thèse pourtant classique de la compétence de la loi de la condition violée...

376. — Cette jurisprudence donne à réfléchir et permet d'approfondir les données du problème posé par le rattachement de la nullité. Elle souligne qu'en réalité il est permis d'hésiter sur le rattachement de certaines parmi ses conditions de mise en œuvre, parce qu'elles sont étroitement liées aux effets de l'acte.

Les conditions négatives du droit de critique, celles qui paralysent la nullité, sont fondées parfois davantage sur la considération des effets produits que sur la gravité plus ou moins grande de l'irrégularité. Ainsi, la possession d'état dressée par l'article 196 à l'encontre de la nullité proclame-t-elle la valeur de la situation effectivement réalisée selon la loi des effets (76). On comprend que la question dépende de cette dernière loi, au même titre que les conséquences de la nullité.

(74) Seine, 22 décembre 1948, *Revue*, 1949, p. 100 ; Paris, 15 février 1950.423 ; Seine, 31 mars 1952, *Revue*, 1952, p. 330. Rappr. Paris, 16 décembre 1959, *Gaz. Pal.*, 1960.1.116.

(75) Civ., 6 mars 1956, *Revue*, 1956, p. 305. Rappr. Civ., 14 juin 1957, D., 1957.537.

(76) Bartin y voit « un texte de statut personnel français » et conteste énergiquement qu'il s'agisse d'une disposition de forme. « C'est bien d'une disposition « de fond qu'il s'agit, d'une disposition de fond qui ne peut dépendre, à ce titre, « que du statut personnel, sauf à savoir si elle dépend du statut personnel « commun des conjoints ou du statut personnel du mari seulement... ». La possession d'état « donne donc ouverture à l'application de la loi qui régit les « effets du mariage ». *Principes*, t. II, § 260, p. 129-130. On trouve la même tendance chez Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, n° 324, p. 414, note 7.

377. — Mais n'y a-t-il pas en matière de prescription des nécessités analogues ?

La fin de non recevoir qui résulte de la prescription est également fondée sur un état de fait conforme à la validité dont elle proclame la valeur à l'encontre de la nullité. D'ailleurs, si l'on observe les règles du droit transitoire interne, on constate que la situation en cours de prescription relève de la loi nouvelle, tandis que la loi ancienne continue de régir les conditions de la validité, et donc de la nullité.

Pourtant, nous avons vu qu'en droit international privé, la prescription dépend dans tous les cas de la loi qui régit la condition violée et non de la loi des effets. Dans le conflit des intérêts ceux de la nullité pèsent suffisamment pour entraîner le rattachement à la loi violée. Ainsi, l'intégrité de cette loi importe davantage en droit international privé que, dans le droit transitoire interne, celle de la loi ancienne.

378. — Sans doute faut-il voir là une conséquence de la différence fondamentale qui sépare les conflits de lois dans le temps et les conflits de lois dans l'espace : les premiers naissent par la volonté d'un législateur unique, entre des dispositions qui relèvent finalement d'un seul et même système. Il est par conséquent permis de penser que la teneur de la règle nouvelle ne vient pas rompre la cohérence du système. Par contre, les secondes mettent en rapport des dispositions issues de systèmes indépendants. Il est normal que leur ajustement soit réalisé sur des bases différentes : l'intégrité de la loi violée est plus menacée par l'application d'une loi étrangère, que par celle d'une loi nouvelle issue de son propre système.

Mais ceci n'explique cependant pas clairement la différence de traitement qui existe entre les règles sur la prescription de l'article 196. Comment se fait-il que les impératifs de la nullité aient moins de force, que l'intégrité de la loi violée soit moins précieuse, lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 196 plutôt que les règles de prescription ?

Sans doute avons nous ici une manifestation de ce qu'en réalité, les impératifs de forme n'ont pas la même valeur que les impératifs de fond. L'article 196 s'oppose à une simple nullité de forme : la loi qui l'édicte et qui régit des effets qui, par définition, sont effectivement réalisés, l'emporte sur celle qui pose les conditions de forme (77).

379. — On peut donc considérer la jurisprudence comme une ébauche déjà précise des domaines respectifs de chacune des lois en présence. Il n'est pas interdit de compléter cette ébauche.

(77) Le même raisonnement paraît être fait par Lerebours-Pigeonnière dans la mesure où il entend rattacher la détermination des titulaires de l'action en nullité de forme à la loi personnelle, prise d'ailleurs en tant que loi du fond et des conditions de fond, non en tant que loi des effets. Voir *Précis*, n° 326.

Nous dirons ainsi que les conditions de mise en œuvre de la nullité relèvent de la loi violée : elle donne le principe de la réaction, désigne les titulaires du droit de critique, fixe les délais de prescription et définit la disponibilité de ce droit.

La loi des effets régit les conséquences de l'annulation. Elle détermine l'étendue de l'inefficacité ; elle s'applique aux restitutions ; elle tempère éventuellement les nullités de forme, au moins en matière de mariage...

C'est confirmer qu'en matière de nullité comme en matière de validité, les domaines des lois qui régissent l'acte sont dans une large mesure identiques. On retrouve donc l'unité de la sanction dans l'hypothèse où la nullité est écartelée entre les diverses lois de l'acte.

CONCLUSION

380. — Arrivés au terme de nos explications, nous pensons pouvoir les résumer sur le plan de la théorie générale d'abord, sur celui de la théorie du droit des conflits ensuite.

381. — Quant à la thèorie générale du droit, il nous semble que l'unité de la sanction dont nous avons observé les manifestations en droit interne s'observe également en droit international privé.

Nous avions constaté que la nullité est un aménagement parallèle à celui qui résulte de la validité. Ainsi, suivant qu'il est ou non conforme au droit qui régit sa formation, l'acte juridique est le cadre où se développent soit la sanction substantielle — c'est la validité — soit la sanction de réaction — c'est la nullité, dont le droit de critique est l'expression.

382. — Dans ces conditions, le droit des conflits ne doit pas s'attacher à localiser l'un ou l'autre des deux aspects de la sanction — validité ou nullité. Il doit se contenter de localiser l'acte, c'est-à-dire le cadre, et le sort de la validité comme de la nullité est réglé du même coup. Ainsi, les rattachements du droit de critique seront-ils exactement ceux de la validité...

Nous avons vu comment la jurisprudence consacre finalement cette unité des rattachements, non sans hésitations il est vrai. Ainsi est-ce à titre de loi des conditions de validité que la loi compétente régit les conditions de mise en œuvre de la nullité aux trois points de vue essentiels des titulaires de l'action, de la confirmation et de la prescription. C'est de même en tant que loi des effets de l'acte que cette même loi — ou une autre — définit les conséquences de l'annulation, c'est-à-dire l'étendue de l'inefficacité dans le temps et dans l'espace...

Sachant que le droit des conflits est, dans une large mesure, l'émanation du droit interne — mais, surtout, étant donné que l'unité de la sanction se fonde sur l'un des caractères essentiels du phénomène juridique : la nécessité qui porte le Droit à épuiser son objet, nous ne pouvions douter que cette unité trouve sa traduction dans les règles de conflit de lois : c'est l'unité des rattachements de l'acte juridique.

383. — Mais le droit des conflits ne traduit pas seulement les exigences fondamentales du système auquel il appartient : il en transpose également les théories explicatives, et notamment les images utilisées par les jurisconsultes. Son étude relève combien il subit l'influence de la théorie classique des nullités.

On remarquera qu'en droit interne, cette théorie a pu encourir deux sortes de reproches : d'une part le concept d'acte-organisme entraîne une rigidité arbitraire ; d'autre part cette rigidité est considérablement aggravée par l'idée d'inexistence qui reste à l'arrière-plan de la construction classique. Si la rigidité de l'acte-organisme paraît n'avoir pas d'influence particulière en droit international par contre l'idée d'inexistence vient corrompre la jurisprudence dans un grand nombre de cas. Sachant, depuis Bartin, que ce sont les conceptions les plus profondément ancrées qui résistent le mieux au « phénomène de la frontière » (1), nous pouvons voir ici une preuve supplémentaire de ce qu'en réalité l'inexistence est la source fondamentale des thèses classiques...

384. — Mais autant le droit interne surmonte facilement les inconvénients de la doctrine classique, autant l'inexistence bouleverse le système de conflit lorsqu'elle s'y manifeste.

En effet, le règlement « orthodoxe » du conflit de lois est indirect et s'opère dans l'abstrait. Il consiste, dans un premier temps, à désigner la loi qui, dans un deuxième temps, édicte les règles matérielles appliquées finalement à l'espèce. Or le recours à l'inexistence classique entraîne ici un cercle vicieux : la nullité prescrite par la loi que désigne la règle de conflit entraîne l'incompétence de cette loi même.

Nous en avons vu un exemple à propos des conditions de mise en œuvre de la nullité : dans l'*arrêt Mégarès* (2), la loi grecque se voit remplacée par la loi française, sous prétexte que sa violation est si grave que l'acte nul est à ses yeux inexistant...

Mais c'est dans le domaine des conséquences de l'annulation que les applications de l'inexistence sont les plus nombreuses. On lui doit la tendance de la jurisprudence à distinguer entre nullités rigoureuses et nullités tempérées pour les rattacher différemment, alors que la distinction ne peut se faire sans consulter la loi compétente (3)...

On lui doit les hésitations de la doctrine sur le rattachement des restitutions qui sont généralement considérées comme relevant des principes de l'enrichissement sans cause, et non comme la suite de l'annulation (4).

L'*affaire Patino* illustre l'abandon de la règle de conflit désignant une loi qui annule, au profit d'une autre règle de conflit, permettant

(1) La formule est l'œuvre de Niboyet.
(2) Douai, 28 mars 1928, *Clunet*, 1929, p. 400.
(3) *Supra*, nos 291 et s.
(4) *Supra*, nos 309 et s.

au juge de découvrir la loi applicable aux conséquences de la nullité sur le régime matrimonial (5).

Enfin, la jurisprudence relative au mariage putatif exprime parfois une tendance regrettable à refuser la compétence de la loi des effets de l'acte annulé qui n'a pas défini la condition violée, sous prétexte qu'un acte nul n'a pas d'effets (6)...

384. — De telles solutions supposent que la nullité - inexistence est imposée par une nature des choses qui serait partout identique. Mais alors, on ne peut mettre la question en termes de conflit de lois : il est inutile de consulter tel ou tel système juridique ; tous doivent avoir une seule et même position. On sortira du cercle vicieux en renonçant au procédé du conflit des lois pour énoncer une règle matérielle de droit international privé. L'inexistence devrait être, dans ces conditions, un principe de *jus gentium*...

Pourtant, la jurisprudence ne va pas jusque là. Même lorsqu'elle consacre la notion d'inexistence, elle s'obstine à raisonner en termes de règles de conflit, et retombe ainsi dans le cercle vicieux dénoncé à l'instant.

C'est — comme le montre la théorie générale du Droit — que l'inexistence est une notion juridiquement inutilisable. En réalité, la nullité est l'aménagement que porte une loi positive. Il y a donc autant de nullités différentes qu'il y a de lois étrangères (7), et les tribunaux ne peuvent pas ne pas constater cette évidence. C'est ce qui qui les porte à consulter les lois étrangères, par conséquent à recourir au droit des conflits, et à en contredire les principes lorsqu'ils se laissent influencer par l'idée de néant.

En un mot, si la jurisprudence devait consacrer la théorie de l'inexistence de façon cohérente, il lui faudrait soustraire la nullité aux conflits de lois. Mais elle est incohérente, dans la mesure où adoptant certaines attitudes « existentialistes », elle ne renonce pas pour autant au conflit de lois — ce qui l'amène à en contredire les principes.

386. — Ces constatations nous mènent à faire une dernière observation. Nous avons pu noter que la teneur de certaines règles de rattachement — celle qui concerne le fond des actes dans une certaine acception (8), et la règle *locus regit actum*... dans sa forme actuelle (9) — rapproche le droit des conflits et le droit matériel : on peut passer insensiblement de l'un à l'autre.

L'examen des répercussions de la théorie classique de l'inexistence sur le droit des conflits permet de compléter cette observation :

(5) *Supra*. nos 292 à 296.
(6) *Supra*, nos 329 et s.
(7) Tout de même qu'en droit interne il existe autant de nullités que d'actes nuls... Voir *supra*, no 179.
(8) *Supra*, nos 233 et s.
(9) *Supra*, nos 253 et s.

là aussi, le droit des conflits se voit rapprocher du droit matériel. Mais il y a une nuance : tandis qu'en matière de forme, par exemple la règle de conflit est à mi-chemin du droit matériel (ce dernier apparaît comme l'aboutissement possible de l'évolution du droit des conflits), les applications de l'idée d'inexistence nous semblent simplement le résultat d'une confusion.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

D'ARGENTRÉ. — *Commentarii in patrias britonum leges*, 1646.

ARMINJON, NOLDE et WOLF. — *Traité de droit comparé*, 3 vol., Paris, 1950-1952.

AUBRY et RAU. — *Droit civil français*, 12 vol., 5e éd., par BARTIN, 6e éd., par ESMEIN.

BARTIN. — *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, 3 vol., Paris, 1931-1935.

BATIFFOL. — *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., Paris, 1959. 4e éd., 1967.

BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Cours de droit civil français*, t. IX, par RODIÈRE.

BOUHIER. — *Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne*, 1787.

CARBONNIER. — *Droit civil*, t. I, 5e éd., 1964 ; t. II, 4e éd., 1964.

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil*, 3 vol., t. II, 1959, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.

DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*, 7 vol., Paris, 1923-1926.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., XXIX.

EHRENZWEIG. — *A treatise on conflicts of laws*, St-Paul, 1962.

E. GAUDEMET. — *Théorie générale des obligations*, publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, 1937, nouveau tirage, 1965.

LEPOINTE et MONIER. — *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, 1954.

LA PRADELLE et NIBOYET. — *Répertoire du droit international*, 10 vol., 1929.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. — *Précis de droit international privé*, 8e éd., par LOUSSOUARN, 1962.

MARTY et RAYNAUD. — *Droit civil*, t. II, 1957.

MAZEAUD (H. et L.). — *Leçons de droit civil*, t. II, 2e éd., 1962.

MONIER. — *Traité de droit romain*, 2 vol., 5e éd., 1954.

NIBOYET. — *Traité de droit international privé français*, 7 vol., 1938-1950, 2e éd., vol. I, 1947 ; vol. II, 1951.

PILLET. — *Principes de droit international privé*, Paris, 1905.

— *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol., 1923.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil*, 14 vol., 2e éd., 1952-1960, t. VI, par ESMEIN.

PLANIOL, RIPERT et BOULANGER. — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., 1957.

POTHIER. — *Traité de procédure civile*. Œuvres Posthumes, Paris-Orléans, 1778.

SOLUS et PERROT. — *Traité de droit judiciaire privé*, t. I, 1964.

SAVIGNY. — *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Guénoux, Paris, 1841.

II. — THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

BATIFFOL. — *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956.

DABIN. — *Le droit subjectif*, Paris, 1952.

GÉNY. — *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., 1919.
— *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., 1914-1915.

HAESÆRT. — *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1948.

HUSSON. — *Les transformations de la responsabilité*, Paris, 1948.

KELSEN. — *Théorie pure du droit*. Traduction de Ch. Eisenmann, Paris, 1962.

MOTULSKY. — *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948.

RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., 1950.

ROUBIER. — *Théorie générale du droit*, Paris, 1951.
— *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963.

VIRALLY. — *La pensée juridique*, Paris, 1960.

III. — MONOGRAPHIES

BASTIAN. — *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 1929.

BATIFFOL. — *La capacité civile des étrangers en France*, Paris, 1929.
— *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1838.

BOULENOIS. — *Dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, Paris, 1732.

BUFFELAN-LANORE. — *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, Thèse Toulouse, 1963.

CATALA (N.). — *La nature juridique du paiement*, Paris, 1961.

CALAIS-AULOY. — *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Paris, 1959.

DENNERY. — *Le partage en droit international privé français*, Paris, 1935.

DESSAUX. — *L'article* 1304 *et le principe de la perpétuité de l'exception*, Paris 1937.

DROGOUL. — *Essai d'une théorie générale des nullités*, Thèse Aix, 1902.

FARJAT. — *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

FOUCHARD. — *L'arbitrage international commercial*, Paris, 1965.

FRANCESCAKIS. — *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958.
— *Jurisprudence de droit international privé*, Paris, 1961.

FROLAND. — *Mémoire sur l'observation du Sénatus consulte Velleien*, Paris, 1722.

GAUDEMET-TALLON (H.). — *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Paris, 1964.

GOBERT (M.). — *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Paris, 1957.

GORÉ. — *L'enrichissement sans cause aux dépends d'autrui*, Paris, 1945.

GOUNOT. — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse Dijon, 1952.

HÉMARD (J.). — *Les nullités de sociétés*, 2e éd., 1927.

JAPIOT. — *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Thèse Dijon, 1909.

KAHN (Ph.). — *La vente commerciale internationale*, Paris, 1961.

LAGARDE (P.). — *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959.

LOUSSOUARN. — *Les conflits de lois en matière de sociétés*, Thèse, Rennes, 1949.

LOYER. — *Les actes inexistants*, Thèse, Rennes, 1908.

LUDZESCO. — *Essai sur les nullités d'actes juridiques à caractère patrimonial*, Thèse, Paris, 1938.

MALINVAUD. — *La responsabilité des incapables et de la femme dotale*, Paris, 1965.

MARTIN DE LA MOUTHE. — *L'acte juridique unilatéral*, Paris, 1951.

PIÉDELIÈVRE. — *Des effets produits par les actes nuls*, Thèse, Paris, 1911.

SILZ. — *Du domaine d'application de la règle « Locus regit actum »*, Paris, 1931.

IV. — COURS ET ARTICLES

BATIFFOL. — « Problème des contrats internationaux », *Cours de l'Institut des Hautes Etudes internationales* polycopié 1961-1962.

— « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative ». *Mélanges* en l'honneur de *Kollewijn et Offerhauss* Nederlands Tijdschrift voor internationaal recht 1962, p. 55.

— « Le domaine du règlement des conflits de lois », *Cours de l'Institut des Hautes Etudes internationales*, 1962, 1963, polycopié.

— « La sentence *Aramco* et le droit international privé », *Revue*, 1964, p. 647.

BATIFFOL et FRANCESCAKIS. — « Compétence internationale », in *Répertoire Dalloz de procédure civile.*

BAUER. — « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *Revue*, 1966, p. 537.

BERRAUD. — « L'exception d'indignité dans la jurisprudence récente », *J.C.P.*, 1952.I.1029.

BREDIN. — « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », *Rev. Trim. dr. civ.*, 1956, p. 261.

CHEVALLIER (J.). — « Inexistence, nullité et inopposabilité des actes juridiques », *Travaux de l'association H. Capitant*, 1965, p. 515.

COHENDY. — « Les intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public », *Rev. Trim. dr. civ.*, 1964, p. 33.

DAYANT. — « Les Contrats. Théorie générale », in *Jurisclasseur de Droit International*, Fasc. 552.

DE NOVA. — « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, 377.

DURAND (P.). — « Aux frontières du Contrat et de l'institution : la relation de travail », *J.C.P.*, 1944.I.387.

EISENMANN. — *Cours de Droit Administratif*, 1956-1957 et 1957-1958, polycopié.

FLOUR. — « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Etudes en l'honneur de Georges Ripert*, t. I, p. 93.
— *Cours de Droit Civil*, 2e année de licence, 1964-1965, polycopié.

FOULON-PIGANIOL (Cl.-I.). — « Le mariage simulé », *Rev. trim. dr. civ.*, 1960, p. 217.
— « Mariage simulé ou mariage à effets limités ? », D., 1965, chr., p. 9.

FRANCESCAKIS. — « Une extension discutable de la jurisprudence *Rivière*, l'application de la loi du domicile à la filiation légitime », *Clunet*, 1956, p. 254.
— « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Maury*, t. I, p. 113-152.
— « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue*, 1966, p. 1.

GALLARDO. — *L'institution du mariage putatif en droit français*, 2e éd., 1952, Préface de M. Rouast.

GOLDMANN. — « Les Sociétés Internationales », *Clunet*, 1963, p. 320.

GRAULICH. — « Règles de conflits et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, t. II, p. 629.

GUYENOT. — « La suggestion et la captation en matière de libéralités dans leurs rapports avec l'action de dol », *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, p. 194.

JAMBU-MERLIN. — « Essai sur la rétroactivité des actes juridiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, p. 271.
— « Histoire des conflits de lois au Levant et en Afrique du Nord », *Revue*, 1958, p. 21.

KATISCIC. — « Le Droit International privé, droit privé des relations internationales », *Cours de l'Institut des Hautes Etudes internationales*, 1963-1964, polycopié.

KAYSER (J.). — « Les nullités d'ordre public », *Rev. trim. dr. civ.*, 1933, p. 1115.

KLEIN. — « Autonomie de la volonté et arbitrage », *Revue*, 1958, p. 255.

LA PRADELLE (A. DE). — « Consultation sur la loi applicable à la lésion », *Revue*, 1932, p. 295.

LOUSSOUARN. — « Les Conflits de lois en matière de sociétés », *Jurisclasseur de Droit International*, Fasc. 564 C.
— « La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu », *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, p. 212.

LYON-CAEN (G.). — « Conflits de lois, de juridictions et d'autorités dans le droit du Travail », *Jurisclasseur de Droit International*, Fasc. 573.

MAURY (J.). — « Règles générales des conflits de lois », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1936, vol. 57, III.
— « La lésion dans les contrats », *Revue*, 1936, p. 344.

MAZEAUD (H.). — « La maxime *Error communis facit jus* », *Rev. trim. dr. civ.*, 1924, p. 924.

MAZEAUD (J.). — « L'adage *Fraus omnia corrumpit* et son application dans le domaine de la propriété foncière », *Répertoire du notariat*, 1962, n° 28265.

MALAURIE. — « Forme des Actes », *Jurisclasseur de Droit International*, Fasc. 551. B.

NEUMAYER. — « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Revue*, 1957, p. 579 et 1958, p. 53.

PLANIOL. — « La classification des sources des obligations », *Rev. Crit. législation et de jurisprudence*, 1904, p. 224.

PONSARD. — « Sanction des règles relatives au mariage », *Jurisclasseur de Droit International*, Fasc. 546.

RIPERT. — « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Etudes Gény*, 1934, II, p. 347.

SIMON-DEPITRE. — « Droit du travail et conflits de lois devant le deuxième congrès international du Travail », *Revue*, 1958, p. 285.

ZWEIGER. — « Droit international privé et droit public », *Revue*, 1965, p. 646.

V. — PRINCIPALES NOTES DE JURISPRUDENCE

AUDINET. — Civ., 13 avril 1932, S., 1932.1.361.

BASDEVANT. — Civ., 13 avril 1932, D.P., 1932.1.89.
— Paris, 9 janvier 1943, D.C., 1944.56.

BATIFFOL. — Req., 2 janvier 1938, *Revue*, 1938, p. 479.
— Aix, 16 juillet 1947, *Revue*, 1948, p. 93.
— Civ., 10 juin 1947, *Revue*, 1948, p. 519.
— Civ., 31 janvier 1950, *Revue*, 1950, p. 415.
— Civ., 21 juin 1950, *Revue*, 1950, p. 609.
— Seine, 4 avril 1951, *Revue*, 1953, p. 587.
— Seine, 31 mars 1952, *Revue*, 1952, p. 330.
— Civ., 24 avril 1952, *Revue*, 1952, p. 502.
— Sentence du 10 juin 1955, *Revue*, 1956, p. 278.
— Paris, 21 juin 1955, *Revue*, 1955, p. 529.
— Civ., 22 juin 1955, *Revue*, 1955, p. 723.
— Civ., 6 mars 1956, *Revue*, 1958, p. 709.
— Civ., 22 mai 1957, *Revue*, 1957, p. 466.
— Civ., 25 juin 1957, *Revue*, 1957, p. 680.
— Civ., 6 juillet 1959, *Revue*, 1959, p. 708.
— Seine, 11 décembre 1959, *Revue*, 1960, p. 222.
— Civ., 29 mars 1960, *Revue*, 1960, p. 202.
— Trib. Sarreguemines, 31 mai 1960, *Revue*, 1962, p. 516.
— Civ., 14 avril 1964, *Revue*, 1966, p. 68.
— Civ., 15 février 1966, *Revue*, 1966, p. 272.

BARTIN. — Civ., 17 janvier 1899, D.P., 1899.1.329.
— Paris, 9 janvier 1943, *J.C.P.*, 1943.II.2176.

BECQUÉ. — Civ., 10 mai 1949, *J.C.P.*, 1949.II.4972.
— Aix, 30 octobre 1950, *J.C.P.*, 1951.II.5945.

BELLET. — Seine, 17 octobre 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9688.
— Seine, 6 mars 1957, *J.C.P.*, 1957.II.10212.
— Trib. d'Avesnes, 25 septembre 1963, *Revue*, 1965, p. 130.

BEUDANT. — Req., 5 mai 1879, D.P., 1880.1.145.

BOULANGER. — Civ., 26 octobre 1943, D., 1946.301.

BOUREL. — Civ., 3 janvier 1963, *Revue*, 1963, p. 547.

BREDIN. — Civ., 7 mai 1963, *Clunet*, 1964, p. 82.

CALAIS-AULOY. — Ass. Plén. Civ., 13 décembre 1962, D., 1963.227.
— Montpellier, 16 juin 1964, D., 1965.101.
— Civ., 30 novembre 1965, D., 1966.449.

CAPITANT. — Civ., 17 mai 1927, D.P., 1928.1.25.

Carabiber. — Aix. 20 mai 1947, *Revue*, 1948, p. 294.

Carteret. — Trib. Casablanca, 18-21 janvier 1950, D., 1952.311.

Chavrier. — Civ., 22 juin 1955, D., 1956.73.

Chéron. — Besançon, 29 avril 1927, D.P., 1928.2.81.

Chevallier (J.). — Req., 17 janvier 1938, D.P., 1940.1.57.
— Civ., 16 juillet 1965, *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, p. 284, n° 3.

Combaldieu. — Conclusions sous Paris, 29 avril 1959, D.P., 1959.1.264.
— Conclusions sous Paris, 1er juillet 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11214.

Cornu. — Paris, 16 décembre 1959, D., 1961.239.

Desprez. — Grenoble, 19 juin 1963, *Revue*, 1964, p. 521.
— Paris, 27 mai 1964, *Revue*, 1965, p. 540.

Esmein. — Civ., 17 mai 1927, S., 1927.1.289.
— Civ., 16 novembre 1932, S., 1934.I.1.
— Ass. Plén. Civ., 13 décembre 1962, *J.C.P.*, 1963.II.13105.
— Civ., 12 octobre 1965, *J.C.P.*, 1966.II.14682.

Francescakis. — Civ., 6 mars 1956, *Revue*, 1956, p. 305.
— Civ., 14 juin 1960, *Revue*, 1960, p. 393.
— Civ., 25 janvier 1966, *Revue*, 1966, p. 238.

Fréjaville. — Civ., 16 juin 1943, D.C., 1944.37.

Goldman. — Paris, 15 février 1950, *Clunet*, 1951, p. 190.
— Civ., 24 janvier 1956, *Clunet*, 1956, p. 1012.
— Paris, 10 avril 1957, *Clunet*, 1958, 1002.
— Soc., 11 mai 1962, *Clunet*, 1963, p. 772.
— Civ., 7 mai 1963, J.C.P., 1963.II.13405.
— Civ., 28 mai 1963, *Clunet*, 1963, p. 1004.
— Paris, 21 février 1964, *Clunet*, 1965, p. 113.
— Civ., 14 avril 1964, *Clunet*, 1965, p. 646.
— Seine, 29 mai 1964, *Clunet*, 1965, p. 399.

B. G. — Paris, 27 mai 1964, *Clunet*, 1965, p. 402.

Hamel. — Civ., 21 juin 1950, D., 1951.749.

Hébraud. — Civ., 25 février 1946, D., 1946.341.

Holleaux (G.). — Seine, 22 décembre 1948, *Revue*, 1949, p. 100.
— Trib. Féd. Suisse, 1er novembre 1952, *Revue*, 1953, p. 401.
— Civ., 17 novembre 1958, D., 1959.18.
— Civ., 19 février 1963, *Revue*, 1963, p. 554.

G. H. — Civ., 8 janvier 1963, *Revue*, 1963, p. 109.

Lacour. — Req., 21 mars 1910, D.P., 1918.I.281.

Lagarde (P.). — Civ., 15 mai 1963, *Revue*, 1964, p. 506.
— Paris, 16 février 1966, *Revue*, 1966, p. 453.

Lenoan. — Civ., 10 mai 1949, D., 1949.277.

Lescot. — Civ., 16 juillet 1928, S., 1929.I.57.

Level. — Com., 19 juin 1963, *Clunet*, 1964, p. 120.
— Com., 19 juin 1966, *Clunet*, 1964, p. 120.
— Civ., 2 mai 1966, *Clunet*, 1966, p. 648.

Lévy (Ph.). — Civ., 21 juin 1950, *J.C.P.*, 1950.II.5812.

Ligneau. — Civ., 2 mai 1966, *J.C.P.*, 1966.II.14798.

Louis-Lucas (P.). — Paris, 9 février 1966, *Revue*, 1966, p. 264.

Loussouarn. — Seine, 8 avril 1949, *Revue*, 1950, p. 200.
— Paris, 15 février 1950, *Revue*, 1950, p. 420.
— Trib., Lyon, 26 décembre 1950, *Revue*, 1951, p. 510.
— Paris, 10 avril 1957, *Revue*, 1958, p. 120.
— Paris, 29 avril 1959, *Revue*, 1959, p. 484.
— Civ., 28 mai 1963, *Revue*, 1964, p. 513.

De Loynes. — Paris, 5 juin 1905, D.P., 1908.2.129.

Lyon-Caen. — Civ., 9 décembre 1911, S., 1911.1.129.
— Req., 7 juin 1920, S., 1920.1.193.
— Civ., 7 mars 1922, S., 1922.I.145.

Lyon-Caen (G.) et Lavigne (P.). — Paris, 29 avril 1959, D., 1959.403.
P. L. — Civ., 14 avril 1964, *J.C.P.*, 1966.II.14406.
R. L. — Civ., 30 novembre 1965, *J.C.P.*, 1966.II.14631.

Malaurie. — Soc., 8 avril 1957, D., 1958.221.
— Paris, 30 avril 1958, D., 1958.553.
— Paris, 1er juillet 1959, D., 1959.431 et 456.
— Paris, 2 février 1962, D., 1962.521.
— Civ., 15 mai 1963, *Clunet*, 1963, p. 996.
— Civ., 28 mai 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13347.
— Paris, 8 mars 1966, D., 1966.525.
— Civ., 4 mai 1966, D., 1966.553.

Matter. — Conclusions sous Civ., 13 avril 1932, *Revue*, 1932, p. 549.

Maury. — Seine, 4 avril 1951, *J.C.P.*, 1953.II.7408.

Mazeaud (J.). — Civ., 20 novembre 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13498.

J. M. — Seine, 6 décembre 1949, *J.C.P.*, 1950.II.5299.

Motulsky. — Paris, 10 avril 1957, *J.C.P.*, 1957.II.10078.
— Civ., 7 mai 1963, *Revue*, 1963, p. 615.
— Civ., 15 mai 1963, *J.C.P.*, 1963.13.366.

Niboyet. — Req., 28 mars 1928, S., 1928.1.305.
— Lyon, 24 avril 1929, S., 1931.2.5.
— Seine, 2 juillet 1932, S., 1934.2.73.
— Paris, 24 avril 1940, S., 1943.2.29.
— Paris, 9 janvier 1943, S., 1943.2.29.
— Toulouse, 14 décembre 1943, *Revue*, 1947, p. 110.
— Civ., 25 février 1947, *Revue*, 1947, p. 445.
— Civ., 21 juin 1950, S., 1951.1.1.

Perroud. — Aix, 13 février 1912, *Clunet*, 1913.1229.

Pillet. — Civ., 29 mai 1905, D., 1906.1.161.

Plaisant. — Soc., 14 décembre 1944, S., 1946.I.105.

Ponsard. — Seine, 6 mars 1957, *Clunet*, 1957.744.
— Civ., 22 mars 1957, *Clunet*, 1957.722.
— Seine, 26 février 1958, *Clunet*, 1959.430.
— Paris, 1er juillet 1959, *Clunet*, 1960.413.
— Civ., 8 janvier 1963, *Clunet*, 1963,1032.
— Paris, 26 février 1964, *Clunet*, 1964, p. 576.

Raynaud. — Paris, 26 mai 1948, *J.C.P.*, 1948.II.4558.
— Civ., 20 novembre 1963, D., 1964.465.

Rigaux (Fr.). — Bruxelles, 14 décembre 1955, *Revue*, 1957, p. 68.

Sale De La Marnière. — Paris, 26 février 1964, D., 1965.26.

Savatier. — Bastia, 13 décembre 1950, *J.C.P.*, 1950.5839.
— Paris, 15 février 1950, *J.C.P.*, 1950.II.5578.

Savatier (R.). — Seine, 15 février 1958, *J.C.P.*, 1959.II.11133.

Sarrut. — Civ., 6 novembre 1895, D.P., 1897.I.25.

Simon-Depitre (M.). — Com., 9 novembre 1959, *Revue*, 1960, p. 567.
— Soc., 9 décembre 1960, *J.C.P.*, 1961.II.12029.
— Soc., 2 février 1961, *Revue*, 1961, p. 524.
— Soc., 11 mai 1962, *J.C.P.*, 1964.II.13523.
— Paris, 3 mars 1965 et Seine, 11 février 1964, *Revue*, 1965, p. 556.

Solus. — Req., 14 mars 1933, S., 1934.1.161.

Souleau. — Conclusions sous Paris, 15 février 1958, *J.C.P.*, 1959.II.11133.

Tallon. — Tunis, 17 octobre 1955, *Rev. Tunisienne de Droit*, 1956.133.

Voirin. — Civ., 20 mars 1929, D.P., 1930.I.13.
— Nancy, 8 juin 1934, D.P., 1935.2.33.
— Paris, 2 avril 1941. *J.C.P.*, 1942.II.1936.
— Civ., 26 mai 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11202.
— Civ., 19 décembre 1962, D., 1963.145.

Weill (A.). — Civ., 6 mars 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9549.

TABLE DES ARRÊTS CITÉS

Parlement de Rouen, 8 août 1671 (*Dame de Cardonville*), p. 140.
Parlement de Paris, 30 juillet 1687 (*Delle de Launay*), p. 245, p. 140.
Parlement de Paris, 21 août 1692 (*Dame de Sourdéac*), p. 140.
Parlement de Paris, 4 mars 1693 (*Dame du Grippon*), p. 153.
Parlement de Paris, 22 juin 1714 (*Delle Halle*), p. 140.
Parlement de Paris, 20 mai 1716 (*Marquise de Mailloc*), p. 178, p. 140.
Parlement de Paris, 23 mai 1729 (*Dame de Joinville*), p. 140.
Civ., 19 mai 1830, D.P., 1830.I.245, p. 153.
Paris, 15 décembre 1830, S., 1831.2.83, p. 71.
Req., 23 juillet 1835, D.P., 1835.I.44, p. 91.
Civ., 14 mars 1837, D.P., 1837.I.275, p. 151.
Req., 5 novembre 1839, D.P., 1839.I.369, p. 180.
Civ., 18 août 1841, D.P., 1841.I.337, p. 180.
Montpellier, 25 avril 1844, D.P., 1845.2.326, p. 180.
Bourges, 17 février 1845, D.P., 1846.2.337, p. 180.
Req., 25 janvier 1847, D.P., 1847.4.342, p. 95.
Civ., 2 février 1852, D.P., 1852.I.49, p. 95.
Req., 9 mars 1853, D.P., 1853.I.217, p. 143, 163.
Paris, 9 juin 1857, D.P., 1858.2.137, p. 151.
Civ., 25 novembre 1857, D.P., 1857.1.425, p. 83.
Req., 25 janvier 1858, D.P., 1858.1.109, p. 232.
Req., 6 avril 1858, D.P., 1858.I.224, p. 82.
Civ., 20 juillet 1859, D.P., 1859.I.279, p. 73.
Cass., 14 novembre 1860, D.P., 1860.1.16, p. 80.
Req., 10 janvier 1865, D.P., 1865.1.290, p. 104.
Req., 26 juillet 1865, D.P., 1865.1.493, p. 223, 224.
Civ., 10 avril 1866, D.P., 1866.1.350, p. 77.
Civ., 9 mai 1866, D.P., 1866.1.246, p. 146.
Civ., 13 janvier 1869, D.P., 1869.1.135, p. 184.
Civ., 26 avril 1869, D.P., 1869.1.246, p. 82.
Civ., 22 novembre 1869, D.P., 1870.1.23, p. 105.
Req., 22 janvier 1872, D.P., 1872.1.321, p. 83.
Civ., 19 juin 1872, D.P., 1872.1.346, p. 73.
Req., 30 décembre 1872, D.P., 1873.1.437, p. 76.
Cass., 27 novembre 1873, D.P., 1874.1.510, p. 72.
Req., 4 août 1875, D.P., 1876.1.123, p. 109.
Req., 3 août 1876, D.P., 1877.1.216, p. 99.
Req., 20 novembre 1876, D.P., 1878.1.376, p. 80.
Req., 5 mai 1879, D.P., 1880.1.145, note Beudant, p. 40, 81, 113.
Req., 16 juin 1879, D.P., 1880.1.415, p. 73.
Req., 8 novembre 1880, D.P., 1881.1.115, p. 104.
Trib. Bordeaux, 18 janvier 1882, *Clunet*, 539, p. 154.
Civ., 27 février 1883, D.P., 1883.1.113, p. 75.
Civ., 13 juin 1883, D.P., 1884.1.38, p. 75, 91.
Paris, 2 août 1883, S., 1884.2.20, p. 113.
Civ., 7 août 1883, D.P., 1884.1.5, p. 113.

Cass., 28 juillet 1884, D.P., 1885.1.300, p. 184.
Pontoise, 6 août 1884, *Clunet*, 1885, 296, p. 154.
Chambéry, 7 février 1885, D.P., 1885.2.241, *Clunet*, 1888, 797, 181, 182, 232.
Civ., 3 et 29 juin 1885, D.P., 1886.1.25, p. 105, 107.
Paris, 9 juillet 1885, D.P., 1886.2.261, p. 82.
Douai, 21 décembre 1885, S., 1887.2.151, p. 82.
Grenoble, 6 mars 1886, *Mon. Jurid. de Lyon*, 27 avril 1896, p. 199.
Req., 18 octobre 1886, D.P., 1887.1.340, p. 95.
Civ., 29 mars 1887, D.P., 1887.1.451, p. 95.
Civ., 15 juin 1887, D.P., 1888.1.42, p. 178.
Civ., 28 juin 1887, D.P., 1888.1.296, p. 98, 99.
Req., 19 juillet 1888, S., 1891.1.59, p. 105.
Req., 21 mars 1889, D.P., 1889.1.192, p. 106.
Civ., 26 février 1890, D.P., 1890.1.290, p. 71.
Civ., 29 octobre 1890, D.P., 1891.1.76, p. 110.
Civ., 23 février 1891, D.P., 1892.1.29, S., 1895.1.78, p. 199.
Civ., 26 janvier 1892, D.P., 1892.1.497, p. 151.
Cass., 24 mai 1892, D.P., 1893.1.412, p. 75, 92.
Seine, 15 décembre 1892, *Clunet*, 1893, 160, p. 142.
Req., 28 décembre 1892, *Clunet*, 1894, 99, p. 143.
Civ., 13 juin 1893, D.P., 1894.1.169, p. 170.
Civ., 15 novembre 1893, D.P., 1894.1.13, p. 105.
Req., 8 mai 1894, D.P., 1894.1.355, *Clunet*, 1894, 562, p. 153, 154.
Civ., 6 novembre 1895, D.P., 1897.1.25, note Sarrut, p. 81, 82.
Req., 24 juin 1896, D.P., 1897.1.404, p. 72.
Cass., 22 juillet 1896, D.P., 1898.1.17, p. 72.
Req., 29 décembre 1896, *Clunet*, 1897, 555, p. 170.
Civ., 26 janvier 1897, D.P., 1900.1.33, p. 109.
Req., 2 août 1897, D.P., 1898.1.378, p. 142, 143.
Paris, 3 août 1898, D.P., 1899.2.70, p. 142.
Civ., 26 octobre 1898, D.P., 1899.1.16, p. 93.
Civ., 17 janvier 1899, D.P., 1899.1.329, note Bartin, p. 180.
Alger, 27 janvier 1899, *Clunet*, 1899, 558, p. 153.
Civ., 14 juin 1899 (3 arrêts), D.P., 1900.1.45, p. 143.
Seine, 7 juillet 1899, *Gaz. Trib.*, 1900.1.117, p. 151.
Civ., 5 juillet 1900, D.P., 1900.1.468, p. 143.
Civ., 30 juillet 1900, D.P., 1901.1.317, p. 97.
Civ., 29 juillet 1901, S., 1903.1.73, *Clunet*, 1901, 971, p. 127, 170.
Civ., 24 décembre 1901 (2 arrêts), D.P., 1902.1.361, p. 182.
Crim., 3 janvier 1902, S., 1903.1.247, p. 127.
Seine, 18 janvier 1902, *Gaz. Pal.*, 1902.1.326, p. 143.
Civ., 19 mars 1902, D.P., 1903.1, p. 148, p. 108.
Cass., 23 mars 1903, D.P., 1903.1.337, p. 72.
Nice, 28 décembre 1903, *Clunet*, 1904, 713, p. 151.
Bayonne, 31 mars 1904, *Revue Pratique de Droit International*, 1905, 225, p. 151.
Req., 2 juin 1904, D.P., 1905.1.161, p. 77.
Req., 19 octobre 1904, D.P., 1905.1.13, p. 146.
Civ., 8 novembre 1904, D.P., 1905.1.35, p. 105.
Douai, 5 décembre 1904, *Revue*, 1906, 189, p. 223-224.
Req., 10 janvier 1905, D.P., 1905.1.47, p. 80.
Civ., 6 février 1905, D.P., 1905.1.481, p. 163.
Req., 9 mai 1905, *Revue*, 1905, 349, p. 223.
Civ., 29 mai 1905, D.P., 1905.1.353, S., 1906.1.161, note Pillet, *Revue*, 1905, p. 518, *Clunet*, 1905, 1006, p. 170.
Paris, 5 juin 1905, D.P., 1908.II.129, note de Loynes, p. 95, 109.
Req., 12 juillet 1905, D.P., 1907.1.141, p. 113.
Seine, 28 avril 1906, *Revue*, 751, p. 172.
Req., 20 février 1907, D.P., 1907.1.227, p. 113.

Seine, 26 avril 1907, *Clunet*, 1907, 1132, p. 151.
Civ., 8 mai 1907, D.P., 1908.1.371, p. 127.
Seine, 25 novembre 1907, *Revue*, 1908, 242, p. 172.
Trib. Tunis, 27 novembre 1907, *Clunet*, 1908, 811, p. 142.
Civ., 2 juin 1908, S., 1911.I.385, note E. Audinet, p. 127-170.
Grenoble, 20 novembre 1908, *Clunet*, 1909, 765, p. 144.
Crim., 18 juin 1909, D.P., 1911.1.408, p. 144.
Civ., 20 juillet 1909, D.P., 1911.1.185, p. 163.
Civ., 5 janvier 1910, D.P., 1911.1.338, p. 97.
Req., 21 mars 1910, D.P., 1918.1.281, note Lacour, p. 95, 107.
Req., 20 juillet 1910, D.P., 1910.1.392, p. 109.
Civ., 5 décembre 1910, *Clunet*, 1912, 1156, *Revue*, 1911.395, S., 1911.1.129, note Lyon-Caen, p. 148, 155.
Civ., 28 février 1911, D.P., 1912.1.169, p. 110.
Req., 12 décembre 1911, D.P., 1913.1.129, p. 146.
Seine, 8 janvier 1912, *Revue*, 1912, 402, p. 144.
Seine, 26 juin 1912, *Revue*, 1913, 134, p. 172.
Seine, 20 novembre 1912, *Clunet*, 1922, 135, p. 172.
Seine, 27 mai 1913, *Revue*, 1913, 857, p. 172.
Civ., 17 décembre 1913, D.P., 1914.1.261, p. 182.
Civ., 12 mai 1914, S., 1928.1.41, p. 100.
Req., 8 décembre 1914, *Clunet*, 1916, p. 1218, D.P., 1916.1.194, p. 163, 176.
Civ., 2 mars 1915, D.P., 1920.1.102, p. 100.
Civ., 6 mars 1915, S., 1916.1.5, p. 95.
Seine, 10 décembre 1918, *Revue*, 1919, 120, p. 172.
Seine, 5 mai 1919, *Revue*, 1919, 543, p. 154.
Req., 20 janvier 1920, D.P., 1921.1.129, p. 113.
Req., 27 janvier 1920, S., 1920.1.374, p. 105.
Trib. Montpellier, 18 mars 1920, *Revue*, 1921, 79, p. 166.
Civ., 30 novembre 1920, D.P., 1921.1.177, p. 182.
Civ., 7 mars 1922, S., 1922.1.145, note Lyon-Caen, p. 94.
Req., 21 mars 1922, D.P., 1923.1.60, p. 89.
Paris, 17 novembre 1922, D.P., 1923.2.59, *Revue*, 1923, 437, p. 154.
Req., 16 janvier 1923, D.P., 1923.1.177, p. 72.
Poitiers, 26 août 1923, D.P., 1923.2.121, p. 80.
Civ., 17 décembre 1923, D.H., 1929.52, p. 100.
Civ., 9 janvier 1924, D.P., 1926.1.160, p. 182.
Civ., 17 juillet 1924, *Revue*, 1924, 621, p. 127.
Req., 31 juillet 1923, *Gaz. Pal.*, 1923.II.594, p. 142.
Req., 7 mai 1924, *Clunet*, 1925.126, 154.
Paris, 9 juillet 1924, *Clunet*, 1925, 726, p. 143.
Civ., 15 décembre 1924, D.P., 1926.1.160, p. 182.
Civ., 26 juillet 1926, D.H., 1926.434, p. 76.
Civ., 17 mai 1927, D.P., 1928.1.25, note Capitant, S., 1927.1.289, note Esmein, p. 125.
Req., 22 juin 1927, D.P., 1928.1, 91, p. 108.
Paris, 16 mars 1928, *Revue*, 1928, 661, p. 142.
Req., 28 mars 1928, S., 1928.1.305, note Niboyet, p. 130, 193, 238.
Civ., 11 juillet 1928, *Clunet*, 1931, p. 389, S., 1930.1.218, p. 140, 147, 151, 169, 221.
Civ., 16 juillet 1928, S., 1929.1.57, note Lescot, p. 95.
Req., 9 juillet 1928, D.P., 1928.1.173, p. 176.
Douai, 28 juillet 1928, *Clunet*, 1929, 400, p. 138.
Civ., 18 mars 1929, S., 1929.1.211, p. 109.
Civ., 20 mars 1929, D.P., 1930.1.13, note Voirin, p. 90.
Lyon, 24 avril 1929, S., 1931.2.5, note Niboyet, p. 153.
Rabat, 14 mai 1929, *Revue*, 1932, p. 295, Consultation A. de La Pradelle, p. 146.
Civ., 28 juin 1929, S., 1929.1.350, p. 95.
Seine, 11 juin 1929, *Clunet*, 1930, 974, p. 180.

Req., 6 janvier 1930, D.P., 1931.1.43, p. 109.
Civ., 8 janvier 1930, D.P., 1930.1.51, p. 221.
Civ., 29 février 1930, S., 1933.1.41, p. 176.
Civ., 27 janvier 1931, S., 1933.1.41.
Paris, 15 mai 1931, *Clunet*, 1932, 713, p. 223.
Req., 29 juin 1931, *Revue*, 1932, p. 295, consultation A. de La Pradelle, p. 146.
Req., 30 décembre 1931, D.H., 1932.65, p. 95.
Seine, 15 mars 1932, D.P., 1934.2.75, *Clunet*, 1935, 647, p. 225.
Civ., 13 avril 1932, D.P., 1932.1.89, note Basdevant, S., 1932.1.361, note Audinet, *Clunet*, 1932.997, *Revue*, 1932, 549, p. 141, 146, 151, 170.
Dijon, 26 avril 1932, D.H., 1932.339, p. 77.
Seine, 2 juillet 1932, S., 1934.2.73, note Niboyet, p. 130.
Civ., 16 novembre 1932, D.H., 1933.4, S., 1934.I.1, note Esmein, p. 69, 81.
Req., 14 mars 1933, D.P., 1933.1.28, S., 1934.1.161, note H. Solus, p. 97, 117.
Req., 15 mars 1933, S., 1934.1.393, note Batiffol, p. 153.
Douai, 2 novembre 1933, *Revue*, 1935, 136, p. 143.
Trib. com. Seine, 27 novembre 1933, *Revue*, 1935, 748, p. 143.
Trib. Colmar, 12 décembre 1933, *Revue*, 1937, p. 105, note Niboyet, p. 127.
Civ., 9 janvier 1934, D.P., 1934.1.22, *Revue*, 1937, 175, p. 184.
Req., 15 janvier 1934, D.H., 1934.97, p. 76.
Nancy, 8 juin 1934, D.P., 1935.2.33, p. 99.
Req., 20 juin 1934, D.H., 1934, 409, p. 108-110.
Req., 26 déc. 1934, *Clunet*, 1936, 166, p. 141, 231.
Paris, 28 février 1935, *Revue*, 1935, 748, p. 143.
Req., 11 mars 1935, D.H., 1935.210, p. 95.
Req., 3 avril 1935, *Revue*, 1936, 114, p. 152.
Req., 20 mai 1935, D.P., 1935.1.97, p. 109.
Req., 4 juin 1935, *Revue*, 1936, 755, p. 151.
Civ., 4 juin 1935, D.H., 1935.427, p. 72.
Req., 24 février 1936, D.P., 1936.1.49, p. 170.
Req., 11 mai 1936, S., 1936.1.223, p. 107.
Reichsgericht, 28 mai 1936, *Clunet*, 1936, p. 951, *Nouv. Rev.*, 1936, 353, p. 160.
Civ., 1er juillet 1936, *Revue*, 1937, 175, p. 184.
Req., 27 juillet 1937, D.P., 1938.1.25, S., 1938.1.25, p. 173-176.
Req., 14 décembre 1937, *Nouv. Revue*, 1938, 131, p. 143.
Req., 2 janvier 1938, *Revue*, 1938, p. 479, note Batiffol, p. 153.
C.E., 14 janvier 1938, S., 1938.3.25, note P. L., p. 130.
Civ., 26 janvier 1938, D.C., 1942, 120, p. 152.
Civ., 1er mars 1938, D.H., 1938.259, p. 104.
Req., 5 mai 1938, *Revue*, 1938, p. 659, p. 151.
Civ., 30 novembre 1938, *Nouv. Revue*, 1938, 878, p. 219.
Req., 13 décembre 1938, *Revue*, 1939, 278, p. 190.
Civ., 20 avril 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.2.91, p. 80-108.
Civ., 25 avril 1939, D.P., 1940.1.12, p. 95.
Req., 1er mai 1939, D.H., 1939.371, p. 109.
Paris, 24 avril 1940, S., 1943.2.29, note Niboyet, *Nouv. Revue*, 1940.196.
Civ., 11 septembre 1940, S., 1941.1.121, p. 100.
Paris, 2 avril 1941, *J.C.P.*, 1942.II.1936, note Voirin, p. 95.
Civ., 2 mars 1942, *Gaz. Pal.*, 1942.1.123, p. 908.
Civ., 19 octobre 1942, *Gaz. Pal.*, 1942.2.279, p. 110.
Paris, 9 janvier 1943, D.C., 1944.56, note Basdevant, S., 1943.2.29, note Niboyet, *J.C.P.*, 1943.II.2176, note Bartin, p. 172, 179.
Civ., 15 janvier 1943, D., 1946.131, p. 29.
Civ., 16 juin 1943, D.C., 1944.37, note Fréjaville, p. 29.
Civ., 26 octobre 1943, D., 1946.301 note Boulanger, p. 77.
Toulouse, 14 décembre 1943, *Revue*, 1947, p. 110, note Niboyet, p. 179.
Soc., 14 décembre 1944, S., 1946.I, p. 105, note Plaisant, p. 95.
Civ., 25 juin 1945, *Revue*, 1946, 254, p. 170.
Civ., 25 février 1946, D., 1946.341, note Hébraud, p. 29.

Req., 29 mars 1946, *J.C.P.*, 1946.II.3125, p. 109.
Civ., 2 avril 1946, D., 1946.305, p. 81.
Req., 4 novembre 1946, S., 1947.1.43, p. 182, 183.
Req., 9 décembre 1946, *J.C.P.*, 1947.IV.18, *Gaz. Pal.*, 1947.1.62, p. 92.
Civ., 25 février 1947, *Revue*, 1947, p. 445, note Niboyet, p. 172, 179.
Aix, 20 mai 1947, *Revue*, 1948, p. 294, note Carabiber, p. 130.
Civ., 10 juin 1947, *Revue*, 1948, p. 519, note Batiffol, p. 202.
Aix, 16 juillet 1947, *Revue*, 1948, p. 93, note Batiffol, p. 151, 155, 173.
Aix, 19 novembre 1947, *J.C.P.*, 1948.II.4254, note J. S., p. 97.
Aix, 5 mai 1948, *J.C.P.*, 1949.II.4716, p. 110.
Paris, 26 mai 1948, *J.C.P.*, 1948.II.4558, note Raynaud, p. 77.
Civ., 13 juillet 1948, *Revue*, 1949, 95, p. 170.
Civ., 3 novembre 1948, D., 1949.53, p. 98.
Seine, 22 décembre 1948, *Revue*, 1949, p. 100, note G. H., p. 225, 234.
Colmar, 19 février 1949, *Revue*, 1950, 52, p. 151.
Seine, 8 avril 1949, *Revue*, 1950, p. 200, note Loussouarn, p. 202.
Civ., 10 mai 1949, D., 1949.277, note Lenoan, *J.C.P.*, 1949.II.4972, note Becqué, p. 112.
Douai, 30 mai 1949, D., 1949.592, p. 100.
Com., 5 juillet 1949, *J.C.P.*, 1949.II.5210, p. 107.
Seine, 6 décembre 1949, D., 1950.103, *J.C.P.*, 1950.II.5299, note J. M., p. 225.
Bastia, 13 décembre 1949, *J.C.P.*, 1950.II.5839, note Savatier, p. 77.
Trib. civ. de Casablanca, 18 et 21 janvier 1950, D., 1952.311, note Carteret, p. 171.
Paris, 15 février 1950, *Revue*, 1950, p. 420, note Loussouarn, *Clunet*, 1951, p. 190, note Goldman, p. 225, 234.
Civ., 29 mars 1950, D., 1950.396, *Gaz. Pal.*, 1950.2.106, p. 85 et 84.
Rouen, 31 mai 1950, D., 1950, p. 742, *Revue*, 1950, p. 603 p. 143.
Civ., 21 juin 1950, *Revue*, 1950, p. 609, note Batiffol, S., 1951.1.1, note Niboyet, D., 1951.749, note Hamel, *J.C.P.*, 1950.II.5812, note Ph. Lévy, p. 125.
Aix, 30 octobre 1950, *J.C.P.*, 1951.II.5945, note Becqué, p. 81.
Trib. Lyon, 26 décembre 1950, *Revue*, 1951, p. 510, note Loussouarn.
Seine, 4 avril 1951, *Revue*, 1953, p. 586, note Batiffol, *J.C.P.*, 1953.II.7408, note J. Maury, p. 142, 143, 180.
Civ., 18 décembre 1951, D., 1952.357, p. 190.
Com., 17 mars 1952, D., 1952.359, p. 232.
Seine, 31 mars 1952, *J.C.P.*, 1953.II.7687, *Revue*, 1952, p. 330, note Batiffol, p. 142, 203, 227, 234.
Civ., 24 avril 1952, *Revue*, 1952, p. 502, note Batiffol, p. 159.
Civ., 4 août 1952, S., 1953.1.20, p. 69.
Trib. Féd. Suisse, 1er novembre 1952, *Revue*, 1953, p. 401, note Holleaux, p. 202.
Civ., 19 janvier 1953, D., 1953.234, p. 99.
Seine, 3 février 1953, *Revue*, 1954, 553, p. 151, 152, 169.
Civ., 17 avril 1953, *Revue*, 1953, 412, p. 229.
Civ., 18 avril 1953, *Gaz. Pal.*, 1953.II.7, p. 146.
Civ., 10 juin 1953, D., 1953.612, p. 182.
Soc., 16 décembre 1953, *Bull.*, IV, n° 807, p. 580, p. 90.
Trib. Melun, 20 janvier 1954, *Gaz. Pal.*, 1954.I.272, p. 143.
Civ., 12 mars 1954, D., 1954, som. 49, p. 72.
Paris, 13 mars 1954, *Clunet*, 1954, 954, p. 223.
Com., 3 mai 1954, 437, p. 232.
Soc., 29 mai 1954, D., 1954.640, p. 90.
Paris, 2 juillet 1954, *Revue*, 1954, 810, p. 143.
Paris, 7 juillet 1954, *Revue*, 1954, p. 556, note Francescakis, *Gaz. Pal.*, 1954.II. 307, p. 152.
Soc., 9 décembre 1954, *Revue*, 1956, 462, p. 127.
Trib. civ. Brest, 21 janvier 1955, D., 1956.11, p. 98.
Civ., 15 mars 1955, *Revue*, 1955, 320, p. 229.
Civ., 29 mars 1955, D., 1955.429.
Soc., 9 juin 1955, *Bull. civ.*, IV, n° 507, p. 385, p. 103.

Paris, 21 juin 1955, *Revue*, 1955, p. 529, note Batiffol, p. 202, 216.
Civ., 22 juin 1955, D., 1956.73, note Chavrier, *Revue*, 1955, p. 723, note Batiffol, p. 172, 179.
Tunis, 17 octobre 1955, *Revue Tunisienne de Droit*, 1956, p. 133, note Tallon, p. 142.
Seine, 4 janvier 1956, *Revue*, 1956, 679, p. 130.
Civ., 24 janvier 1956, *Clunet*, 1956, p. 1012, note Goldman, p. 125.
Civ., 6 mars 1956, *Revue*, 1956, p. 305, note Francescakis, *J.C.P.*, 1956.II.9549, note Alex Weill, D., 1958.709, note Batiffol, p. 142, 189, 193, 195, 222, 228, 234.
Civ., 26 juin 1956, D., 1956.605, note Malaurie, p. 82.
Com., 10 octobre 1956, D., 1957, p. 19, p. 108, 110.
Seine, 17 octobre 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9688, note Bellet, p. 186, 193, 231.
Paris, 22 février 1957, *Clunet*, 1957, 722, p. 127.
Seine, 6 mars 1957, *Clunet*, 1957, p. 744, note Ponsard, *J.C.P.*, 1957.II.10212, note Bellet, p. 142, 168.
Civ., 22 mars 1957, *Clunet*, 1957.722, note Ponsard, *Revue*, 1957, p. 466, note Batiffol, p. 202.
Soc., 8 avril 1957, D., 1958.221, note Malaurie, p. 99.
Paris, 10 avril 1957, *Revue*, 1958, p. 120, note Loussouarn, *Clunet*, 1958, p. 1002, note Goldman ; *J.C.P.*, 1957.II.10078, note Motulsky, p. 176.
Civ., 14 juin 1957, *Revue*, 1957, p. 557, D., 1957.537, p. 140, 190, 193, 234.
Civ., 25 juin 1957, *Revue*, 1957, p. 680, note Batiffol, p. 141.
Com., 10 juillet 1957, *Gaz. Pal.*, 1957.II.272, p. 108-110.
Trib. Seine, 15 février 1958, *J.C.P.*, 1959.II.11133. Conclusions Souleau, note Savatier, p. 164.
Seine, 26 février 1958, *Gaz. Pal.*, 1958.I.325, *Clunet*, 1959, p. 430, note Ponsard, p. 149.
Civ., 22 avril 1958, *Revue*, 1958, 347, p. 190.
Paris, 30 avril 1958, D., 1958.553, note Malaurie, p. 80.
Trib. Grenoble, 7 mai 1958, *Gaz. Pal.*, 13 août 1958, p. 166, 222.
Civ., 19 mai 1958, D., 1958, p. 496, *Revue*, 1958, 700, p. 141, 170.
Civ., 17 juin 1958, *Revue*, 1958, 704, p. 126, 144, 169.
Civ., 15 octobre 1958, *Clunet*, 1959, 466, p. 142.
Civ., 4 novembre 1958, *Revue*, 1959, 309, p. 202, 203, 216.
C.E., 17 novembre 1958, *Bull.*, 1958.1, p. 399, p. 130.
Civ., 17 novembre 1958, D., 1959.18, note G. Holleaux, p. 82.
Civ., 19 novembre 1958, *Revue du droit public*, 1959, p. 825, p. 142.
Civ., 27 janvier 1959, *Clunet*, 1959, 1146, p. 190.
Paris, 29 avril 1959, *Revue*, 1959, p. 484, note Loussouarn, D., 1959.403, note Lyon-Caen et P. Lavigne ; *Gaz. Pal.*, 1959.1.264. Conclusions Combaldieu, p. 164.
Civ., 26 mai 1959, *J.C.P.*, 1959.II.11202, note Voirin, p. 77.
Paris, 1er juillet 1959, 1) *Revue*, 1960, p. 627, *Clunet*, 1960, p. 413, note Ponsard ; D., 1959.431, note Malaurie, *J.C.P.*, 1959.II.11215, conclusions Combaldieu. S., 1959.192, *Gaz. Pal.*, 1959.II.212 ; 2) *Revue*, 1960, p. 192, *J.C.P.*, 195). II.11214, *Clunet*, 1960.428, note Ponsard, D., 1960.456, note Malaurie, p. 151, 152, 185, 191, 193, 231.
Civ., 6 juillet 1959, *Revue*, 1959, p. 708, note Batiffol, p. 147, 159.
Soc., 27 octobre 1959, D., 1960.109, p. 99.
Civ., 2 novembre 1959, *Gaz. Pal.*, 1960.I.30, p. 109.
Com., 9 novembre 1959, *Revue*, 1960, p. 567, note Simon-Depitre, p. 127.
Civ., 8 décembre 1959, D., 1960.241, note J. Savatier, p. 219.
Seine, 11 décembre 1959, *Revue*, 1960.222, note Batiffol, p. 172.
Civ., 14 décembre 1959, *Clunet*, 1961, 158, p. 190.
Paris, 16 décembre 1959, *Gaz. Pal.*, 1960.I.116, D., 1961, p. 239, note Cornu, p. 142, 168, 226, 230, 234.
Civ., 17 décembre 1959, D., 1960.J.294, p. 69.
Civ., 30 décembre 1959, *Revue*, 1961, 326, p. 190.
Civ., 10 février 1960, *Revue*, 1961, p. 341, note Francescakis, p. 219.

Seine, 5 mars 1960, *Revue*, 1960, 192, p. 185.
Paris, 16 mai 1960, *J.C.P.*, 1960.II.11763, note C. G., p. 149.
Trib. Sarreguemines, 31 mai 1960, *Revue*, 1962, p. 516, note Batiffol, p. 202, 216.
Seine, 1er juin 1960, *Revue*, 1961, p. 193, note Simon-Depitre, p. 127.
Civ., 12 juin 1960, *Bull. civ.*, I, n° 301, p. 238, p. 77.
Civ., 13 juin 1960, *Revue*, 1961, 541, p. 170.
Civ., 14 juin 1960, *Revue*, 1960, p. 393, note Francescakis, p. 176.
Paris, 5 juillet 1960, *J.C.P.*, 1960.II.11887, p. 95.
Civ., 3 novembre 1960, *Bull.*, I, n° 466, p. 382, p. 178.
Soc., 9 décembre 1960, *J.C.P.*, 1961.II.12029, note Simon-Depitre, p. 127.
Colmar, 20 décembre 1960, D., 1961.207, p. 219.
Soc., 2 février 1961, *Revue*, 1961, p. 525, note Simon-Depitre, p. 99.
Civ., 13 février 1961, D., 1961.349, p. 178.
Paris, 17 février 1961, *J.C.P.*, 1961.II.12020, p. 82.
Paris, 21 février 1961, *Revue de l'Arbitrage*, 1961, p. 18, p. 125.
Paris, 9 mars 1961, et 9 octobre 1962, *Revue*, 1964, 467, p. 127.
Civ., 14 mai 1961, *Revue*, 1961, 545, note Batiffol, p. 147.
Civ., 15 mai 1961, *Revue*, 1961, p. 547, note Batiffol, p. 128.
Civ., 17 octobre 1961, *Bull. civ.*, I, n° 467, p. 370, p. 112.
Civ., 7 novembre 1961, *Revue*, 1962, 681, p. 190.
Colmar, 14 novembre 1961, *Revue*, 1963, 534, p. 151.
Civ., 11 décembre 1961, *J.C.P.*, 1962.4.11, p. 151.
Civ., 12 décembre 1961, D., 1962, Som. 73, p. 77.
Paris, 2 février 1962, *J.C.P.*, 1962.II.12583, D., 1962.521, note Malaurie, p. 219.
Paris, 27 mars 1962, *Revue*, 1962, 522, p. 178.
Soc., 11 mai 1962, *Clunet*, 1963.772, note Goldman, *J.C.P.*, 1964.II.13523, note Simon-Depitre, p. 127.
Paris, 21 juin 1962, D., 1963.142, p. 126.
Civ., 12 juillet 1962, *Gaz. Pal.*, 1962.II.260, D., 1963.246, p. 75, 91.
Seine, 12 juillet 1962, *Revue*, 1962, p. 690, note Batiffol, p. 153.
Ass. Plén. Civ., 13 décembre 1962, D., 1963, p. 227, note Calais-Auloy, *J.C.P.*, 1963.II.13105, note Esmein, p. 107, 110, 111.
Civ., 19 décembre 1962, D., 1963, p. 145, note Voirin, p. 89.
Civ., 3 janvier 1963, *Revue*, 1963, p. 547, note Bourel, D., 1963, p. 152.
Civ., 8 janvier 1963, *Revue*, 1963, p. 109, note G.-H., *Clunet*, 1963, p. 1032, note Ponsard, p. 142, 168, 195, 221, 230.
Soc., 16 janvier 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.1.421, p. 89.
Civ., 19 février 1963, *Revue*, 1963, p. 554, note Holleaux, p. 229.
Paris, 13 mars 1963, *Revue*, 1963, 547, p. 185.
Civ., 3 avril 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13502, p. 109.
Paris, 30 avril 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13205 *bis*, p. 89.
Civ., 30 avril 1963, *J.C.P.*, 1963.II.13502, p. 109.
Civ., 7 mai 1963, *Revue*, 1963, p. 615, note Motulsky, D., 1963.208, note J. Robert, *J.C.P.*, 1963.II.13405, note Goldman, *Clunet*, 1964.82, obs. Bredin, p. 125, 176.
Civ., 15 mai 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.II.42, *J.C.P.*, 1963.II.13366, note Motulsky, *Clunet*, 1963, p. 996, note Malaurie, *Revue*, 1964, p. 506, note P. Lagarde, p. 141, 186, 189, 193, 208, 231.
Civ., 28 mai 1963, *Clunet*, 1963, p. 1004, note Goldman, *J.C.P.*, 1963.II.13347, note Malaurie, *Revue*, 1964, p. 513, note Loussouarn, D., 1963.677, note anonyme, p. 163.
Soc., 29 mai 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13523, note Simon-Depitre, p. 127.
Com., 19 juin 1963, *Clunet*, 1964, p. 120, note Level, p. 125.
Grenoble, 19 juin 1963, *Revue*, 1964, p. 521, note Desprez, p. 142.
Nice, 3 juillet 1963, *J.C.P.*, 1964.II.13830, note Simon-Depitre, *Clunet*, 1964, p. 562, note Ponsard, D., 1964.347, note Delvolvé, p. 202.
Paris, 4 juillet 1963, *Revue*, 1963, 772, p. 153.
Trib. Avesnes, 25 septembre 1963, *Clunet*, 1965, p. 123, obs. J. D. B., *Revue*, 1965, p. 130, note Bellet, p. 127.
Civ., 27 décembre 1963, *Bull. civ.*, I, n° 573, p. 80.

Seine, 11 février 1964, *Revue*, 1965, p. 556, note Simon-Depitre, p. 127.
Paris, 20 février 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13848, *Revue*, 1965, 119, p. 126.
Paris, 21 février 1964, *Clunet*, 1965, p. 113, note Goldman, p. 125.
Paris, 26 février 1964, *Clunet*, 1964, p. 576, note Ponsard, *Revue*, 1965, p. 334, note Le Bris, D., 1965, p. 26, note Salé de la Marnière, p. 151, p. 153.
Périgueux, 10 mars 1964, *Clunet*, 1965, p. 404, obs. B. G., p. 185.
Civ., 14 avril 1964, *Revue*, 1966, p. 68, note Batiffol, *Clunet*, 1965.646, note Goldman, D., 1964.637, note J. Robert, S., 1964, p. 93, note Plancqueel, p. 125.
Soc., 27 avril 1964, D., 1965.214, p. 89.
Com., 27 avril 1964, *Bull. civ.*, III, n° 209, p. 177, p. 125.
Paris, 27 mai 1964, *Clunet*, 1965, p. 402, note B. G., *Revue*, 1965, p. 540, note Desprez.
Trib. Seine, 28 mai 1964, *Clunet*, 1965, p. 399, obs. Goldman, p. 127.
Montpellier, 16 juin 1964, D., 1965.101, note Calais-Auloy, p. 109.
Civ., 27 octobre 1964, *J.C.P.*, 1964.II.13911 *bis*, p. 126.
Com., 29 octobre 1964, *Clunet*, 1965, 637, p. 125.
Civ., 4 janvier 1965, D., 1965.218, p. 110.
Paris, 3 mars 1965, *Revue*, 1965, p. 556, note Simon-Depitre, p. 129.
Conseil d'Etat, 10 mars 1965, *Clunet*, 1965, p. 656, obs. B. G., p. 127.
Civ., 30 mars 1965, D., 1965.559, p. 110.
Civ., 16 juillet 1965, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1966, p. 284, n° 3, obs. Chevallier. Bull. Civ., II, n° 661, p. 459.
Civ., 12 octobre 1965, *J.C.P.*, 1966.II.14682, note Esmein, p. 77.
Civ., 30 novembre 1965, D., 1966, p. 449, note Calais-Auloy, p. 110.
Civ., 15 décembre 1965, D., 1966.246, p. 112.
Paris, 9 février 1966, *Revue*, 1966, p. 264, note P. Louis-Lucas, p. 200.
Civ., 15 février 1966, *Revue*, 1966, p. 272, note Batiffol, p. 153.
Cour de Paris, 16 février 1966, *Revue*, 1966, p. 453, note P. Lagarde, p. 127.
Paris, 8 mars 1966, D., 1966, p. 525, note Malaurie, p. 202, 203.
Civ., 2 mai 1966, *Clunet*, 1966, p. 648, note Level ; *J.C.P.*, 1966.II.14798, note Ligneau.
Civ., 4 mai 1966, D., 1966.553, note Malaurie, p. 77.
Civ., 10 mai 1966, D., 1966.497, note Malaurie, p. 125.

TABLE ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros.

Absence de consentement, d'objet et de cause :
— en droit interne : 102 note 10.
— en droit international : 212.

Acquéreurs successifs d'un même bien :
— et la notion d'organe : 77.
— complicité de fraude : 169.
— effet de la confirmation : 117.
— éclipse de la nullité : 160.
Voir aussi : *Publicité* et *Vente de la chose d'autrui.*

Acte authentique :
— réduction en acte sous-seing privé : 139.

Acte juridique :
— notion d'acte juridique : 37. 177 et s.
— et fait : 177 et s.
— dans les droits archaïques : 62 et s.
Voir aussi : *Catégorie réelle.*
— catégorie spécifique : 79 et s.
— distinction de l'acte et de ses effets : 38.
— état de l'acte : Voir *Nullité.*
— rattachement : Voir *Loi d'autonomie.*
— rattaché impérativement par son objet : 219 et s.

« *Acte-organisme* » :
— théorie de l'acte-organisme : 58.
— critique de la notion d'organe : 72 et s.
— rigidité : 92 et s., 102.
— et l'inexistence : 89.
— et confirmation : 114, 120.

Action en justice :
— droit et action : 256.
— rattachement à la loi du fond : 255 et s.
— rattachement de la qualité pour agir : 274.

Ancien droit :
— les nullités : 44 et s.
— doctrine et morcellement du droit : 44, 52.
— nullités et rescisions : 45 et s.

Apparence : 161 et s.
— conditions : 166 et s.
— limite à l'inefficacité quant aux personnes : 141.
— abandon de la nullité : 165.

Arbitrage :
— capacité de l'Etat de compromettre : 184.
— indépendance de la clause d'arbitrage et du contrat cadre : 184.
— facteur d'extension du droit international matériel : 240 note 12

Argentré (d') :
— nullité état de l'acte : 50.

Aubry et Rau :
— théorie des nullités : 56, 72 note 16.

Bail :
— baux de plus de neuf ans : 134.
— bail perpétuel : 109, 134.
— nullité-dissolution : 134.
— et rétroactivité : 148.
— et législation d'application immédiate : 184.
— interférences du droit des conflits et des lois de police : 89 note 11.
— loi étrangère non désignée par le droit des conflits : 188.

Bartin :
— liens du droit interne et du droit international : 29.

— rattachement de la prescription : 281.
— rattachement du mariage putatif : 301.
— rattachement de la qualité pour agir : 274.
— rattachement de *Nemo auditur* : 313.
— rattachement du transfert de propriété : 321.
— et l'autonomie de la volonté en droit international : 225.

Batiffol :
— articulation des systèmes juridiques : 29.
— et l'autonomie de la volonté en droit international : 238.
— la règle *Locus regit actum* : 245.
— incorporation de la loi : 223.
— restitutions et enrichissement sans cause : 311.

Beudant :
— théorie des nullités : 56.

Bigamie : 77.
— mort du premier conjoint : 137.
— loi applicable : 272.

Bouhier :
— nullités radicales et nullités respectives : 49 et s.
— nullité état de l'acte : 50.

Boulenois :
— rapports de la réaction et de la loi violée : 207.
— rattachement de la prescription : 285 note 90.

Capacité :
— *Minor restituitur* : 129, 334.
— incapacités de jouissance et minorité : 13.
— incapacités naturelles : 209, 370.
— de compromettre : 184.
— de faire un acte de procédure : 186.
— de signer un engagement militaire : 186 note 12.

Catégories juridiques :
— leurs fonctions : 16.
— catégories réelles : 62 et s.
— en droit pénal : 19.
— et inexistence : 64.
— catégories spécifiques : 79 et s.
— ambivalentes : 80.

Cession d'action : 161.

Chèque :
— loi applicable à l'absence de cause : 212.
— signature falsifiée : 163.

Clauses :
— d'arbitrage : 184, 267 et s.
— d'inaliénabilité : 107 note 17, 226
— de juridiction : 263 et s.
— or : 184, 236.

Compétence juridictionnelle :
— nullité de mariage : 260 et s.
— clauses de juridiction : 263 et s.

Compétence législative :
— déterminée par la teneur des lois en conflit : 271 et s., 292 et s., 304, 338.
Voir aussi : *Droit des conflits, Loi de validité et Rattachement global.*

Compromis :
Voir *Arbitrage.*

Confirmation :
— critique de la théorie classique : 114 et s.
— et réfection : 116 et s.
— et obligation naturelle : 119, 315.
— et intérêt des tiers : 117, 118, 135.
— disponibilité du droit de critique 118.
— loi applicable : 286 et s.

Conflits mobiles : 371 et s., 378.

Constructions sur le terrain d'autrui : 17 note 37.

Contrats successifs : 148 et s.
Voir *Bail, Travail, Société.*

Contrebande : 189.

Conventions :
— en matière de statut personnel : 220.
— en matière de responsabilité : 228.

Conversion :
— dans un droit formé de catégories réelles : 14.
— réduction par conversion : 139.
— de la nullité en enrichissement sans cause : 149 et s.

— du louage de service en relation de travail : 154 et s.
— de la société en société de fait : 156.

Demolombe :
— théorie des nullités : 53 et s.

Désaveu de paternité : 317.

Dol :
— droit romain : 67 et s.
— et notion d'organe : 74.
— de l'incapable : 161.

Donations : 227.

Donation partage :
— omission d'un enfant : 111, 133.
— inclusion d'un non successible : 133.

Droit d'application immédiate.
— réglementation des relations internationales : 28.
— extension aux dépens du droit des conflits : 184.
— interférences avec le droit des conflits : 186 et s.
— d'une loi non désignée par le droit des conflits : 188 et s.

Droit des conflits :
— construction classique : 28.
— découpage des faits et du droit : 29.
— articulation des systèmes juridiques : 29, 262.
— caractère approximatif du règlement : 31.
— ajustement impossible : 272 note 58. Voir *Ordre public.*
— incompatibilité avec l'inexistence : 194.
— évolution vers le droit matériel : 184, 187. Voir *Loi de validité et Rattachement global.*
— influence de la teneur des lois en conflit : 271 et s., 292 et s., 338.

Droit international matériel :
— réglementation des relations internationales : 28.
— extension aux dépens du droit des conflits : 184.
— et contrats internationaux : 240.
— et clauses de juridiction : 266.

Droit romain :
— rôle des catégories réelles : 63
— rôle de l'inexistence : 65 et s.
— coexistence du droit civil et du droit prétorien : 66.
— incidence des règles de procédure : 70.

Droit subjectif de critique :
— notion de droit de critique : 18, 176.
— expression d'un conflit d'intérêts : 130.
— simple moyen de nullité : 174 et s.
— prescription : 124 et s.
— disponibilité, Voir *Confirmation.*

Effets de commerce :
— effet de complaisance : 141.
— indépendance des signatures : 141, 163.
Voir aussi *Chèque.*

Emancipation : 139.

Engagement militaire : 186 note 12.

Enrichissement sans cause : Voir *Restitutions.*

Filiation :
— preuve après l'annulation du mariage : 139, 318.
— alimentaire : 352 note 26.
— loi des effets du mariage : 344 et s.
— loi des effets du mariage : 344 et s.
Voir *Reconnaissance.*

Formalisme :
— matière et forme : 62.
Voir aussi *Catégories réelles.*
— archaïque et inexistence : 65 et s.

Forme :
— fin de non recevoir de l'article 196 : 112.
— annulations pour vice de forme : 211.
— loi applicable, Voir *Locus regit actum.*

Francescakis :
— notion de loi d'application immédiate : 28, 184.
— rattachement du mariage putatif : 366.

Fraude :
— et publicité foncière : 169.
— paulienne : 74, 76, 135.
— inopposabilité : 135.

Gaudemet-Tallon (*H.*) :
— clauses de juridiction : 266.

Geny :
— notion de catégorie réelle : 62.
— notion de catégorie spécifique : 79.

Héritier apparent : 164.

Holleaux (*G.*) :
— rattachement du mariage putatif : 352.

Imprescriptibilité :
— de l'inexistence : 54.
— de la nullité absolue : 57, 122.
— des actions d'état : 122.

Inaliénabilité : 107 note 17.

Incorporation :
— de la loi au contrat : 235 et s.
— en matière de testament : 223.

Inefficacité :
— notion d'inefficacité : 180.
— dans la théorie classique : 89, 128
— limitée par le fondement de la nullité : 132 et s.
— partielle : 133.
— simple dissolution : 134.
— inopposabilité : 135.
— limitée en raison des intérêts de la validité : 139 et s.
— disparition complète : 160.
— loi des effets de l'acte : 340 et s.

Inexistence :
— notion d'inexistence : 64.
— notions dérivées : 85 et s.
— liens avec le terme de « nullité » : 2.
— en droit romain : 65.
— chez Demolombe : 53 et s.
— chez Aubry et Rau : 56.
— chez Beudant : 56.
— dans la théorie usuelle des nullités : 57.
— critique de l'inexistence : 60 et s.
— et les catégories réelles : 62 et s.
— et les catégories spécifiques : 79 et s.
— dangers : 84 et s.
— et les conditions de la nullité : 102.
— et la confirmation : 116 et s.
— et les effets de la nullité : 89 et s., 128.
— et la nullité relative : 91 et s.
— incidences sur le droit international : 194.
— et le droit des conflits : 194.
— abandon de la compétence de la loi qui annule : 271 et s., 292 et s.
— rattachement de la nullité à la loi du for : 203.
— opposition de la nullité et de ses tempéraments : 290.
— confusion des restitutions et de l'enrichissement sans cause : 309.
— refus d'une compétence propre à la loi des effets : 330 et s.

Inopposabilité : 135.
— et simulation : 141.

Interdit légal : 115.

Intérêt :
— de la nullité : 132.
— de la validité : 139.
— conflit des intérêts : 130 et s., 167.
— éclipse des intérêts de la nullité : 160 et s.
— du débiteur en matière de prescription : 283.

Intérêt des tiers :
— titulaires du droit de critique : 108 et s., 111.
— et confirmation : 117 et s.
— et simulation : 135, 141.
— et société de Fait : 157 et s.
Voir aussi, *Inopposabilité* et *Fraude paulienne*.

Japiot :
— droit de critique : 5, 173 et s.
— influence du milieu : 139.
— caractère relatif de l'ordre public : 101.
— classement des nullités : 105 et s.
— confirmation : 118.
— exposé de la théorie de l'acte organisme : 58, 93.
— nullités naturelles . 102.
— droit romain : 19.

Langue juridique :
— mots non spécifiques : 1, 3.

Lésion :
— loi applicable : 216.
Voir aussi *Rescision.*

Libéralités :
— atteinte à la réserve : 75 et s., 133.
— confirmation par les héritiers du disposant : 115, 118, 120.
Voir aussi *Donation* et *Testament.*

Locus regit actum : 243 et s.
— et loi d'autonomie : 246.
— portée du caractère facultatif : 248, 250 note 153.
— incompatibilité avec la nullité : 243 et s.
— étape vers le droit international matériel : 249 et s.
— coordination du droit des conflits du for et du droit étranger d'application immédiate : 186.
— fin de non recevoir de l'article 196 : 360 et s., 375.

Loi d'autonomie
— portée du rattachement des contrats : 238.
— et autonomie de la volonté du droit interne : 225.
— incompatibilité avec la nullité : 233 et s.
— et droit international matériel : 234 et s.
— et acte confirmatif : 287.
— appliquée au mariage : 358 note 28.
— et clause d'arbitrage : 268.
— en matière de statut personnel : 220, 228.
— en matière de responsabilité : 228.
— en matière de succession : 222 et s.

Lois de police, Voir *Droit d'application immédiate.*

Malaurie :
— portée de la règle *Locus regit actum* : 248.

Mandat apparent : 161.
— faute du mandant : 166.

Mariage :
— et théorie classique des nullités : 53 et s.
— simulé : 146 note 60.
— article 196 : 111, 141, 360 et s.
— loi applicable à la nullité : 210.
— empêchements « bilatéraux » : 230 et s.
— compétence juridictionnelle : 260 et s.
— nul et filiation : 316 et s.
— nul et régime matrimonial : 324.

Mariage putatif :
— en droit français : 143 et s.
— loi du for : 201.
— loi violée : 298 et s., 357, 366 et s.
— loi des effets du mariage : 350 et s., 363 et s., 374.
— et filiation : 318, 344.
— et notion d'organe : 77.

Mariage (*Contrat de*) :
— absolument nul et mariage relativement nul : 73, 111.
— nul mais appliqué à la dissolution du mariage : 117.
— immutabilité : 108, 226.
— liquidation anticipée du régime : 116.
— rattachement du contrat et du régime légal : 293.
— et nullité du mariage : 324, 349.
— et nullité du mariage en droit espagnol : 294 note 101.

Milieu :
— et les conditions de la nullité : 102 et s., 111.
— et les conséquences de la nullité : 139 et s.

Ministère public :
— qualité pour agir en droit interne 109.
— qualité pour agir en droit international : 275 et s.

Misrepresentation : 212.

Néant, Voir *Inexistence.*

Niboyet :
— portée de l'autonomie de la volonté : 225.
— compétence juridictionnelle et nullité de mariage : 262.
— société de fait : 303 et s.
— mariage putatif : 352.
— restitutions et enrichissement sans cause : 310.

Nullité :
— terme : 2.
— définition : 35.
— notion de nullité : 179 et s.

Voir *Droit de critique.*
— et acte juridique : 35 note 2, 40 et s., 181.
— exception à l'unité de la sanction : 21 et s.
— confusion avec l'inexistence : 64.
— radicale et respective : 49.
— relative et absolue : 100 et s.
— naturelle : 102.
— personnelle : 106.
— protectrice d'une seule personne : 107.
— d'intérêt privé généralisé : 108.
— d'intérêt social : 109.
— dissolution : 134.
— conditions : 100 et s. Voir aussi *Titulaires, Confirmation, et Prescription.*
— conséquences : 128 et s. Voir aussi *Inefficacité.*
— lien des conditions et des conséquences : 129.

Théorie classique des nullités :
— au XIX^e siècle : 53 et s.
— nullité-état de l'acte : 50 et s., 58.
— « pas de nullité sans texte » : 53.
— théorie usuelle : 57.

Nullité (en droit international) :
— et catégories de rattachement : 181, 192 et s., 206, 336, 341.
— incompatibilité avec la loi d'autonomie : 233 et s.
— incompatibilité avec la règle *Locus regit actum* : 243 et s.

Nullité (détermination de la loi applicable) :
— titre de la loi du for : 198 et s.
— liée au Pouvoir : 199.
— question de procédure : 203.
— titres de la loi de l'acte : 206 et s.
— jurisprudence : 209 et s.

Nullité (domaine de la loi applicable) :
— principe de la nullité : 271 et s.
— qualité pour agir : 274.
— prescription : 280.
— confirmation : 286.
— conséquences : 291 et s.
— compétence propre de la loi des effets de l'acte : 325 et s.
— répartition des matières entre la loi violée et la loi des effets de l'acte : 374 et s.

Obligation naturelle :
— en droit interne : 119 et s.
— en droit international : 315.

Ordre juridique :
— nature systématique : 6. Voir aussi *Sanction.*
— systématisation par la source ou par le contenu : 6 note 19, 8 note 21.
— articulation d'ordres juridiques étrangers : 29.
— type et droit de conflits : 30.

Ordre public :
— caractère relatif : 101.
— et arbitrage : 268.
— action du ministère public : 278 et s.

Ordre public international :
— empêchements bilatéraux à mariage : 231.
— société de fait : 306.
— lois d'ordre public : 184 note 7.

Organes, Voir *Acte organisme.*

Pacte sur succession future : 226.

Paiement :
— au créancier apparent : 162.
— international : 184.

Partage :
— nul mais provisionnel : 140.
— prescription de l'action en nullité : 285.
— ambivalence de la notion de partage : 80.
— ambivalence de la notion de partage en droit international : 226.

Pothier :
— nullité et rescision : 45, 49 note 19.
— nullité état de l'acte : 50.

Prescription : 121 et s.
— notion de prescription : 124 et s.
— des nullités absolues : 122.
— des nullités relatives : 123 et s.
— des actions d'état : 122.
— du droit de critique : 124 et s.
— point de départ du délai : 124 note 67.
— conséquences : 170.
— loi applicable : 280 et s.
— vocation de la loi du for : 281.
— compétence de la loi violée : 370 et s., 374, 377.

Publicité : 168.

Rattachement alternatif :
— de la forme des actes : 244 et s.
— de la filiation : 250 note 154.

Rattachement cumulatif :
— en général : 224.
— des clauses de juridiction : 266.
— en matière d'arbitrage : 269.
— des effets de la nullité : 344.
— de la filiation légitime : 352.

Rattachement global :
— du fond des actes : 242.
— de la forme : 250.
— de la filiation : 250 note 154.

Réaction :
— et le terme de « rescision » : 2.
— définition : 7.
— nécessité : 9.
— structure : 8.
— et sanction substantielle : 7, 18.
— caractéristique du droit : 9 et s.
— différentes formes : 14 et s.
— pénale : 14 et s., 19.
— passage de la nullité à une autre forme de réaction : 160 et s., 165.

Reconnaissance d'enfant naturel :
— prescription de l'action en nullité : 122.
— loi applicable : 213 note 45, 210, 317 et s.

Réfection du contrat nul : 116 et s.

Relation de travail : Voir *Travail.*

Rente viagère :
— nullité de l'article 1975 : 75.

Réparation :
— notion de réparation : 138.
— rôle : 136 et s.
— et confirmation : 114 et s., 136 note 31.

Rescision :
— terme de « rescision : 2.
— dans l'ancien droit : 45, 46 et s.
— et réparation du vice : 136 et s.

Restitutions :
— paralélisme : 151, 347.
— exception *Nemo auditur* : 150, 313
— et enrichissement sans cause : 148, 309 et s.

Retrait successoral : 106.

Rétroactivité :
— théorie classique : 128.
— impossible : 148.
— inoportune : 152.

Sanction :
— notion de sanction : 6.
— unité de la sanction : 5 et s., 12 et s., 172 et s., 193, 326, 341.
— substantielle et de réaction : 7.

Simulation :
— et notion d'organe : 76.
— et inopposabilité : 135, 141.

Société :
— rôle de la réparation : 136.
— société de fait : 156 et s., 303 et s., 350.

Système juridique : Voir *Ordre juridique.*

Testament :
— rôle de la loi d'autonomie : 222 et s.
— difficultés du rattachement à la loi successorale : 232.

Théories juridiques :
— portée : 21, 24 et s.
— influence du morcellement du droit : 44, 52.
— survivance des théories dépassées : 24 et s.
— influence en droit international des théories du droit interne : 28 et s., 192 et s.
— de la nullité, voir *Nullité.*
— de l'inexistence, Voir *Inexistence.*

Titulaires du droit de critique :
— détermination : 104 et s.
— influence de la règle violée : 105 et s.
— influence du milieu : 111.

Transfert de propriété :
— droit romain : 35 note 2, 63, 67.
— droit international : 320 et s.

Travail :
— effets du contrat nul : 153 et s.
— législation d'application immédiate : 184.
— interférence du droit des conflits et de la législation d'application immédiate : 186 note 11.

Validité (loi de) :
— étape vers le droit international matériel : 241 et s., 250.

Vente :
— et transfert de propriété : 35 note 2, 63, 67, 221, 320.
— de la chose d'autrui : 73, 168, 115 note 33.
— réparation du vice : 136.
— de la chose indivise : 73.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

LISTE DES ABRÉVIATIONS VI

PRÉFACE VII

INTRODUCTION (nos 1 à 32) 1

Section I. — L'unité fondamentale de la sanction (nos 5 à 22) 4

§ 1. — *Les diverses manifestations de la sanction ont une structure identique* (nos 6 à 12) 4

A. L'identité des structures (no 8) 6

B. La nécessité de la réaction (nos 9 à 12) 7

§ 2. — *La sanction substantielle et la réaction s'insèrent dans les mêmes cadres* (nos 13 à 22) 9

A. Le principe (nos 14 à 18) 9

B. Les exceptions apparentes (nos 19 à 22) 13

Section II. — La portée des théories juridiques (nos 23 à 32) 15

§ 1. — *La survivance des théories dépassées* (nos 24 à 27) 16

§ 2. — *L'influence des théories du droit interne sur la solution des conflits de lois* (nos 28 à 32) 18

PREMIÈRE PARTIE

LES DONNÉES DU DROIT INTERNE

(nos 33 à 181) 25

TITRE PREMIER

LA THÉORIE DE LA NULLITÉ-INEXISTENCE

(nos 34 à 96) 27

CHAPITRE PREMIER

LA THÉORIE CLASSIQUE DES NULLITÉS

(nos 35 à 59) 28

Section I. — La définition : l'acte juridique et sa nullité (nos 36 à 42) 29

§ 1. — *L'acte* (nos 37 à 39) 29

§ 2. — *Sa nullité* (nos 40 à 42) 31

Section II. — La théorie classique des nullités état de l'acte (nos 43 à 59) 33

§ 1. — *Génèse de la théorie* (nos 44 à 55) 33

A. Les origines lointaines (nos 44 à 52) 33

B. Formation de la théorie classique au XIXe siècle (nos 53 à 55) 38

§ 2. — *Exposé de la théorie usuelle* (nos 56 à 59) 40

CHAPITRE DEUXIÈME

CRITIQUE DE LA NOTION D'INEXISTENCE

(nos 60 à 96) 44

Section I. — La notion d'inexistence est anachronique (nos 61 à 83) ... 44

§ 1. — *L'inexistence est liée à la structure formaliste des droits archaïques* (nos 62 à 70) 45

A. Les catégories réelles et l'inexistence (nos 62 à 54) 45

B. La place de l'inexistence en droit romain (nos 65 à 70) 46

§ 2. — *Le droit moderne n'est pas un droit formaliste* (nos 71 à 84) 49

A. Les conditions de validité ne sont pas des organes (nos 72 à 78) 49

B. L'acte juridique, catégorie spécifique (nos 79 à 83) 54

Section II. — Le danger de l'inexistence (nos 84 à 96) 57

§ 1. — *L'équivoque de la notion d'inexistence* (nos 85 à 87) 57

§ 2. — *Les inconvénients de l'acte organisme* (nos 88 à 96) 60

A. L'influence de l'inexistence sur les effets de l'annulabilité (nos 89 à 94) 61

B. Insuffisance de l'acte organisme (nos 95-96) 63

TITRE DEUXIÈME

LA SURVIVANCE DE L'IDÉE D'INEXISTENCE

(nos 97 à 171) 65

CHAPITRE PREMIER

LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE LA NULLITÉ

(nos 100 à 127) 67

Section I. — La détermination des titulaires du droit de critique (nos 104 à 112) 70

§ 1. — *La considération exclusive de la règle violée* (nos 105 à 110) 71

§ 2. — *La considération du milieu* (nos 111 à 112) 73

Section II. — Confirmation et prescription de la nullité (nos 113 127) 74

§ 1. — *La confirmation* (nos 114-120) 75

§ 2. — *La prescription* (nos 121-127) 81

CHAPITRE DEUXIÈME

LES CONSÉQUENCES DE LA NULLITÉ

(nos 128-171) 87

Section I. — La consécration des seuls intérêts attachés à la nullité (nos 132-138) 88

§ 1. — *L'inefficacité limitée* (nos 133-135) 89

A. Inefficacité partielle (no 133) 89

B. Nullité-dissolution (no 134) 90

C. Inopposabilité (no 135) 90

§ 2. — *Le rôle de la réparation* (nos 136-138) 91

Section II. — La consécration des intérêts attachés à la validité (nos 139-171) 93

§ 1. — *Le compromis avec les intérêts de la validité* (nos 140-159) 94

A. Le mariage putatif (nos 143-147) 96

B. Les contrats successifs (nos 148-152) 98

a) Le contrat de travail (nos 153-155) 101

b) Les sociétés de fait (no 156-159) 103

§ 2. — *Les intérêts de la validité éclipsent ceux de la nullité* (nos 160-171) 105

A. L'apparence (nos 161-167) 106

B. La publicité (nos 168-169) 112

C. La prescription (nos 170-171) 113

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

(nos 172-181) 114

§ 1. — *Justification du droit de critique* (nos 176-178) 116

§ 2. — *La notion de nullité* (no 179-181) 118

DEUXIÈME PARTIE

LA SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS

(nos 182-386) 121

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DÉLIMITATION DU PROBLÈME

(nos 182-195) 123

Section I. — Les difficultés tenant au procédé des conflits de lois (nos 183-191) 124

Section II. — Les difficultés tenant aux théories du droit interne (nos 192-195) 131

CHAPITRE PREMIER

LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE

(nos 196-252) 135

Section I. — Le principe du rattachement à la loi qui régit l'acte (no 197-212) 135

§ 1. — *Les titres de la loi du for* (nos 198-204) 135

A. La nullité est une grâce (nos 199-202) 136

B. La nullité-inexistence (nos 203-204) 138

§ 2. — *La compétence de la loi de l'acte* (nos 205-212) 138

A. Justification de la compétence de la loi de l'acte (nos 206-209) .. 139

B. Les applications jurisprudentielles (nos 209-212) 141

Section II. — Les difficultés du rattachement à la loi de l'acte (nos 213-252) 144

§ 1. — *L'incertitude sur la loi de l'acte* (no 215) 145

A. Le problème de la lésion (nos 216-218) 145

B. Le rattachement des actes juridiques par leur objet (nos 219-229) 147

§ 2. — *Les difficultés provoquées par la nature du rattachement substantiel* (nos 230-252) 153

A. La loi d'autonomie (nos 233-243) 155

B. La règle *Locus regit actum* (nos 243-252) 162

CHAPITRE DEUXIÈME

LE DOMAINE DE LA LOI APPLICABLE

(nos 253-324) 168

Section I. — Le mise en œuvre de la nullité (nos 255-287) 169

§ 1. — *Compétence et procédure* (nos 259-270) 170

A. Les nullités de mariage (nos 260-262) 171

B. Les clauses de juridiction (nos 263-269) 174
C. Le déroulement de l'instance (n° 270) 177
§ 2. — *Les conditions de l'action* (nos 271-287) 178
A. Les titulaires de l'action (nos 274-279) 180
B. Les délais de prescription (nos 280-285) 187
C. La confirmation (nos 286-287) 187

Section II. — Les effets du droit de critique (nos 288-324) 188

§ 1. — *Les conséquences immédiates du droit de critique* (nos 191-307) ... 190
A. La nullité rigoureuse (nos 292-296) 190
B. La nullité tempérée (nos 297-307) 192
§ 2. — *Les suites lointaines du droit de critique* (nos 308-324) 198
A. Les suites qui relèvent de la loi de l'acte nul (nos 309-319) 198
B. Les suites qui relèvent d'une loi propre (nos 320-324) 204

CHAPITRE TROISIÈME

LE CONFLIT DE LA LOI DE LA CONDITION VIOLÉE ET DE LA LOI DES EFFETS

(nos 325-379) 207

Section I. — Les thèses en présence (nos 328-352) 208

§ 1. — *Les arguments invoqués pour soutenir la compétence exclusive de la loi de la condition violée* (nos 329-339) 209
A. L'argument logique : la loi des effets est incompétente parce qu'il n'y a pas d'effets (nos 330-333) 209
B. L'argument juridique : conditions de validité et conséquences de la nullité sont unies par un lien indissociable (nos 334-339) ... 211
§ 2. — *Les mérites de la loi des effets* (nos 340-352) 213
A. Portée de l'unité fondamentale de la sanction en droit international privé (n° 341-343) 214
B. Le rapport existant entre les effets de l'acte et les conséquences de la nullité (n° 344-352) 215

Section II. — La répartition des compétences entre la loi de la condition violée et la loi des effets (nos 353-379) 220

§ 1. — *Les positions de la jurisprudence* (n° 354-373) 221
A. Décisions qui coordonnent la loi de la condition violée et la loi des effets (nos 359-366) 223
a) L'article 196 du Code civil (nos 360-362) 223
b) Le mariage putatif (nos 363-366) 225
B. Décisions qui appliquent seulement la loi de la condition violée (nos 366-373) 228
§ 2. — *Domaines respectifs de la loi de la condition violée et de la loi des effets* (nos 374-379) 233

CONCLUSION

(nos 380-386) 238

BIBLIOGRAPHIE 241
TABLE DES ARRÊTS CITÉS 249
TABLE ALPHABÉTIQUE 257

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE (France)
Dépôt légal, 1er trimestre 1967